



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 1991 Vol. 1**

**1<sup>er</sup> cahier, 1991 Vol. 1**

**Cited as. [1991] 1 S.C.R. 3-137**

**Renvoi [1991] 1 R.C.S. 3-137**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

## CONTENTS

### **Caron v. Canada (Employment and Immigration Commission)..... 48**

Unemployment insurance — Labour disputes — Meaning of phrase "termination of the stoppage of work" in s. 44(1)(a) of Unemployment Insurance Act, 1971 — Workers gradually recalled for work following settlement of labour dispute — Date on which workers not immediately recalled for work eligible for unemployment insurance benefits.

### **Ford v. Dominion of Canada General Insurance Co. 136**

Insurance — Loss by fire — Arson likely cause — Coverage denied — Non-disclosure of cancellation of an earlier policy for non-payment of premium and serious insurance fraud — Breach of Statutory Condition in fraudulently omitting to communicate material circumstances.

### **National Bank of Canada v. Corbeil..... 117**

Banks and banking operations — Powers of banks — Loans and security — Bank's obligations towards defaulting debtor in exercising rights over property under ss. 178 and 179 of

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

## SOMMAIRE

### **Banque Nationale du Canada c. Corbeil..... 117**

Banques et opérations bancaires — Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Obligations de la banque envers le débiteur défaillant quand elle exerce des droits sur des biens en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques — Renonciation par la banque à ses droits et abandon par elle de biens à un tiers — La banque est-elle tenue de payer au débiteur la valeur des biens à titre de dommages-intérêts?

### **Caron c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)..... 48**

Assurance-chômage — Conflits collectifs — Sens de l'expression «fin de l'arrêt du travail» à l'art. 44(1)a) de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — Employés rappelés graduellement au travail après le règlement d'un conflit collectif — Date à laquelle les employés qui n'ont pas été rappelés immédiatement au travail deviennent admissibles aux prestations d'assurance-chômage.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Bank Act — Bank renouncing its rights and abandoning property to third party — Whether bank liable to debtor for value of property as damages.

### **R. v. B. (J.N.)** ..... 66

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Credibility — Trial judge convicting accused on basis of complainant's testimony — Whether conviction can be supported by the evidence — Whether conviction unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

### **R. v. Henley** ..... 116

Criminal law — Murder — Constructive murder — Criminal Code provisions unconstitutional — Appeal allowed and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).

### **R. v. Landry** ..... 99

Criminal law — Defences — Insanity — Court of Appeal setting aside accused's conviction for murder and substituting verdict of not guilty by reasons of insanity — Whether Court of Appeal erred in applying the word "wrong" in the sense of "morally wrong" to the notion of the "quality of the act" in s. 16(2) of the Criminal Code — Whether Court of Appeal erred in applying s. 686(1)(d) of the Code.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Accused charged with murder raising insanity defence — Court of Appeal relying on s. 7 of Charter to expand insanity defence to include situations where "disease of the mind" affects motive or moral justification of accused in committing criminal act — Whether Court of Appeal erred — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 16(2).

### **R. v. Nipawin and District Satellite T.V. Inc.** ..... 64

Communication law — Broadcasting — Meaning of phrase "broadcasting undertaking" in the Radio and Broadcasting Acts — Radio Act, R.S.C. 1970, c. R-1, ss. 2, 11 — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 2, 29.

### **R. v. R. (R.L.)** ..... 115

Criminal law — Criminal negligence causing death — Allegation of car racing — Occupants of car entering highway killed — Trial judge not appreciating evidence of racing as cause of accident — New trial ordered by Court of Appeal.

### **R. v. Ratti** ..... 68

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused presumed sane until contrary is proved — Insanity to be proved by accused on balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal Code infringes s. 11(d) of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Ford c. Dominion of Canada General Insurance Co.** 136

Assurance — Perte causée par le feu — Cause probable: incendie criminel — Protection refusée — Non-divulgence de l'annulation d'une police antérieure pour cause de non-paiement de la prime et de fraude sérieuse en matière d'assurance — Non-respect d'une condition légale en omettant frauduleusement de faire part de circonstances importantes.

### **R. c. B. (J.N.)** ..... 66

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Crédibilité — Condamnation de l'accusé par le juge du procès fondée sur le témoignage de la plaignante — Cette condamnation peut-elle être justifiée par la preuve? — La condamnation est-elle déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

### **R. c. Henley** ..... 116

Droit criminel — Meurtre — Meurtre par imputation — Inconstitutionnalité des dispositions du Code criminel — Appel accueilli et nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a).

### **R. c. Landry** ..... 99

Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Annulation de la déclaration de culpabilité de l'accusé par la Cour d'appel qui l'a remplacée par un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant le mot «mauvais» au sens de «moralement répréhensible» à la notion de «qualité de l'acte» à l'art. 16(2) du Code criminel? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant l'art. 686(1)(d) du Code?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Accusé inculpé de meurtre au premier degré invoquant la défense d'aliénation mentale — Cour d'appel s'appuyant sur l'art. 7 de la Charte pour étendre la défense d'aliénation mentale aux cas où la «maladie mentale» a un effet sur le mobile ou la justification morale d'un accusé dans la perpétration de l'acte criminel — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(2).

### **R. c. Nipawin and District Satellite T.V. Inc.** ..... 64

Droit des communications — Radiodiffusion — Sens de l'expression «entreprise de radiodiffusion» dans les lois sur la radio et la radiodiffusion — Loi sur la radio, S.R.C. 1970, ch. R-1, art. 2, 11 — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, ch. B-11, art. 2, 29.

### **R. c. R. (R.L.)** ..... 115

Droit criminel — Négligence criminelle causant la mort — Allégation de course d'automobiles — Occupants de l'auto

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable under s. 1 of Charter.

Criminal law — Defences — Insanity — Person insane under s. 16(2) of Criminal Code if suffering from disease of the mind rendering him incapable of knowing act is wrong — Trial judge instructing jury that the word “wrong” means “legally wrong” — Accused’s murder conviction upheld by Court of Appeal — Whether trial judge misdirected jury — If so, whether Court of Appeal should have substituted a verdict of not guilty by reason of insanity or ordered a new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16(2), 686(1)(a), (2)(b).

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Expert psychiatric testimony on issue of accused’s insanity — Whether trial judge erred in instructing jury that it was unsafe to arrive at verdict based on expert evidence alone.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in refusing to consider certain medical reports as fresh evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 683(1)(d).

### **R. v. Romeo..... 86**

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused presumed sane until contrary is proved — Insanity to be proved by accused on balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable under s. 1 of Charter.

Criminal law — Evidence — Admissibility — Defence’s theory that accused insane when he killed police officer — Crown adducing evidence that accused’s departure from U.S. connected to a court order to provide hair and blood samples in relation with a murder in New York State in order to counter insanity defence — Whether evidence pertaining to New York homicide admissible.

Criminal law — Trial — Addresses to jury — Improper statements by Crown’s counsel — Whether trial judge erred in failing to comment on Crown counsel’s prejudicial remarks in his charge to the jury — If so, whether appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

### **Sunrise Co. v. Lake Winnipeg (The) ..... 3**

Maritime law — Liability — Loss of earnings while ship in dry dock — Dry dock repairs required after ship grounded avoiding collision — Near collision fault of other vessel — Ship ran aground a second time on way to anchorage through no fault of vessel involved in first incident — Damage from both incidents repaired concurrently — If effected consecutively, repair arising from first incident requiring more time than repair from second incident — Whether negligent vessel responsible for lost earnings for entire period in dry dock or whether losses for time spent repairing damage from second incident should be set off.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

arrivant sur la route tués — Le juge du procès n’a pas tenu compte de la preuve d’une course comme cause de l’accident — Nouveau procès ordonné par la Cour d’appel.

### **R. c. Ratti..... 68**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d’innocence — Accusé présumé sain d’esprit jusqu’à preuve du contraire — Obligation de l’accusé de prouver l’aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités — L’article 16(4) du Code criminel viole-t-il l’art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, l’art. 16(4) est-il justifiable en vertu de l’article premier de la Charte?

Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Une personne est aliénée en vertu de l’art. 16(2) du Code criminel si elle est atteinte d’une maladie mentale qui la rend incapable de savoir qu’un acte est mauvais — Juge du procès indiquant dans ses directives au jury que le mot «mauvais» signifie «illégal» — Déclaration de culpabilité de meurtre de l’accusé confirmée par la Cour d’appel — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées? — Dans l’affirmative, la Cour d’appel aurait-elle dû substituer un verdict de non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale ou ordonner un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(2), 686(1)a), (2)b).

Droit criminel — Preuve — Preuve d’expert — Preuve psychiatrique sur la question de l’aliénation mentale de l’accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en disant au jury dans ses directives qu’il n’était pas prudent de rendre un verdict fondé uniquement sur des témoignages d’experts?

Droit criminel — Preuve — Nouvelle preuve — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en refusant de tenir compte de certains rapports médicaux à titre de nouvelle preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683(1)d).

### **R. c. Romeo..... 86**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d’innocence — Accusé présumé sain d’esprit jusqu’à preuve du contraire — Obligation de l’accusé de prouver l’aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités — L’article 16(4) du Code criminel viole-t-il l’art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, l’art. 16(4) est-il justifiable en vertu de l’article premier de la Charte?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Théorie de la défense que l’accusé était aliéné lorsqu’il a tué un agent de police — Pour réfuter la défense d’aliénation mentale le ministère public produit la preuve que le départ de l’accusé des É.-U. était relié à une ordonnance judiciaire de fournir des échantillons de cheveux et de sang en rapport avec un meurtre survenu dans l’État de New York — La preuve relative à l’homicide de New York est-elle admissible?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Maritime law — Negligence — Ship grounded avoiding collision — Near collision found to be fault of other vessel — Findings of fact indicating negligence — Whether or not palpable error in findings of fact of trial judge.

### **Wale v. British Columbia (Attorney General)..... 62**

Injunction — Interlocutory injunction restraining appellants and members of their bands from fishing in accordance with Tribal Council by-laws — Fisheries by-laws about to come into effect — Negotiations for co-management scheme continuing — Application to continue injunction granted — Court of Appeal not interfering with injunction.

Indians — Fisheries — Negotiations continuing for co-management scheme — Tribal Council fisheries by-laws about to come into effect — Ex parte interlocutory injunction restraining appellants and members of their bands from fishing pursuant to by-laws in question — Application to continue injunction granted — Court of Appeal not interfering with injunction.

## SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Procès — Exposés au jury — Déclarations inappropriées de l'avocat de la Couronne — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury en ne faisant pas d'observations sur les remarques préjudiciables de l'avocat de la Couronne? — Dans l'affirmative, le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu de l'art. 686(1b)(iii) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46?

### **Sunrise Co. c. Lake Winnipeg (Le)..... 3**

Droit maritime — Responsabilité — Perte de profits pendant que le navire est en cale sèche — Réparations en cale sèche requises après que le navire se fut échoué pour éviter l'abordage — Quasi-abordage dû à un autre navire — Deuxième échouage du même navire alors qu'il se dirigeait vers une zone d'ancrage, sans aucune faute de la part du navire impliqué dans le premier incident — Réparation simultanée des avaries résultant des deux incidents — Si elles avaient été exécutées consécutivement, les réparations découlant du premier incident auraient exigé plus de temps que les réparations résultant du deuxième incident — Le navire coupable de négligence est-il responsable de la perte de profits subie pendant toute la période passée en cale sèche ou les pertes pour le temps consacré à la réparation des avaries résultant du deuxième incident devraient-elles être soustraites?

Droit maritime — Négligence — Échouage d'un navire pour éviter un abordage — Quasi-abordage dû à un autre navire — Constatations de fait indiquant qu'il y a eu négligence — Y a-t-il erreur manifeste dans les constatations de fait du juge de première instance?

### **Wale c. Colombie-Britannique (Procureur général).... 62**

Injonction — Injonction interlocutoire interdisant aux appelants et aux membres de leurs bandes de pêcher, conformément aux règlements administratifs du conseil tribal — Règlements administratifs sur les pêches devant bientôt entrer en vigueur — Négociations relatives à un régime de cogestion se poursuivant — Demande de prorogation de l'injonction accordée — La Cour d'appel n'a pas modifié l'injonction.

Indiens — Pêches — Négociations relatives à un régime de cogestion se poursuivant — Règlements administratifs du conseil tribal sur les pêches devant bientôt entrer en vigueur — Injonction interlocutoire ex parte interdisant aux appelants et aux membres de leurs bandes de pêcher, conformément aux règlements en question — Demande de prorogation de l'injonction accordée — La Cour d'appel n'a pas modifié l'injonction.

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 1, 1991**

**1<sup>er</sup> volume, 1991**



**Sunrise Company Limited and Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd.** *Appellants*

v.

**The Ship *Lake Winnipeg* and Her Owners** *Respondents*

and between

**The Ship *Lake Winnipeg* and Her Owners** *Appellants*

v.

**Sunrise Company Limited and Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd.** *Respondents*

INDEXED AS: SUNRISE CO. v. LAKE WINNIPEG (THE)

File Nos.: 21264, 21288.

1990: May 23; 1991: January 17.

Present: Lamer C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Maritime law — Liability — Loss of earnings while ship in dry dock — Dry dock repairs required after ship grounded avoiding collision — Near collision fault of other vessel — Ship ran aground a second time on way to anchorage through no fault of vessel involved in first incident — Damage from both incidents repaired concurrently — If effected consecutively, repair arising from first incident requiring more time than repair from second incident — Whether negligent vessel responsible for lost earnings for entire period in dry dock or whether losses for time spent repairing damage from second incident should be set off.*

**Sunrise Company Limited et Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd.** *Appelantes*

a c.

**Le navire *Lake Winnipeg* et ses propriétaires** *Intimés*

b

et entre

**Le navire *Lake Winnipeg* et ses propriétaires** *Appelants*

c

c.

**Sunrise Company Limited et Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd.** *Intimées*

RÉPERTORIÉ: SUNRISE CO. c. LAKE WINNIPEG (LE)

e Nos du greffe: 21264, 21288.

1990: 23 mai; 1991: 17 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit maritime — Responsabilité — Perte de profits pendant que le navire est en cale sèche — Réparations en cale sèche requises après que le navire se fut échoué pour éviter l'abordage — Quasi-abordage dû à un autre navire — Deuxième échouage du même navire alors qu'il se dirigeait vers une zone d'ancrage, sans aucune faute de la part du navire impliqué dans le premier incident — Réparation simultanée des avaries résultant des deux incidents — Si elles avaient été exécutées consécutivement, les réparations découlant du premier incident auraient exigé plus de temps que les réparations résultant du deuxième incident — Le navire coupable de négligence est-il responsable de la perte de profits subie pendant toute la période passée en cale sèche ou les pertes pour le temps consacré à la réparation des avaries résultant du deuxième incident devraient-elles être soustraites?*

\* Chief Justice at the time of judgment.

\* Juge en chef à la date du jugement.



*Maritime law — Negligence — Ship grounded avoiding collision — Near collision found to be fault of other vessel — Findings of fact indicating negligence — Whether or not palpable error in findings of fact of trial judge.*

The *Kalliopi L*, while downbound on the St. Lawrence River, met but did not collide with the upbound *Lake Winnipeg* and went aground. The trial judge found the *Lake Winnipeg* entirely responsible for this grounding. The ship ran aground a second time while proceeding to an anchorage area and was further damaged. This incident was unrelated to the first and occurred through no fault of the *Lake Winnipeg*. The damage caused by the first incident required 27 days in dry dock to repair. The repairs necessitated by the second incident were effected during this 27-day period and would have required 14 days in dry dock if they had been done separately. The time in dry dock solely attributable to the first incident, therefore, was 13 days.

The sole issue raised by the appeal by Sunrise Company Limited was responsibility for the loss of profit resulting from *Kalliopi L*'s 27 days in dry dock. The appeal by the *Lake Winnipeg* (the cross-appeal) raised the issue of liability of the *Lake Winnipeg* for the first grounding. At trial, the *Lake Winnipeg* was found to be solely responsible for the first grounding and held liable for the lost revenue flowing from the 27 days in dry dock consequent on that grounding. The Court of Appeal upheld the finding as to responsibility for that grounding but deducted the damages for lost revenue for the 14 days required to repair the damages caused by the second grounding from the damages that arose because of the 27 days in dry dock. Both parties appealed to this Court.

*Held* (Gonthier and McLachlin JJ. dissenting in part): The appeal by Sunrise Company Limited should be allowed.

*Held*: The appeal by the ship *Lake Winnipeg* should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.: It is not enough to consider whether the ship was detained by the wrongful act of the defendant. It is essential to consider whether damages were caused to the plaintiff by reason of such detention. Sequence in and of itself means little; the perspective

*Droit maritime — Négligence — Échouage d'un navire pour éviter un abordage — Quasi-abordage dû à un autre navire — Constatations de fait indiquant qu'il y a eu négligence — Y a-t-il erreur manifeste dans les constatations de fait du juge de première instance?*

Alors qu'il descendait le fleuve Saint-Laurent, le *Kalliopi L* a croisé sans l'aborder le *Lake Winnipeg* qui remontait le fleuve, et s'est échoué. Le juge de première instance a conclu à l'entière responsabilité du *Lake Winnipeg* relativement à cet échouage. Le navire s'est échoué une deuxième fois alors qu'il se dirigeait vers une zone d'ancrage et a subi des avaries supplémentaires. Cet incident n'avait aucun lien avec le premier et s'est produit sans aucune faute de la part du *Lake Winnipeg*. La réparation des avaries résultant du premier incident a exigé que le navire passe 27 jours en cale sèche. Les réparations requises par le second incident ont été effectuées pendant cette période de 27 jours et auraient nécessité 14 jours de cale sèche si elles avaient été effectuées séparément. Le temps passé en cale sèche en raison du premier incident seulement a donc été de 13 jours.

Le seul point en litige soulevé dans le pourvoi de Sunrise Company Limited consiste à déterminer la responsabilité relative à la perte de profits découlant des 27 jours que le *Kalliopi L* a passés en cale sèche. Le pourvoi du navire *Lake Winnipeg* (le pourvoi incident) soulève la question de la responsabilité du *Lake Winnipeg* à l'égard du premier échouage. En première instance, le *Lake Winnipeg* a été reconnu entièrement responsable du premier échouage et tenu responsable de la perte de revenu résultant des 27 jours passés en cale sèche par suite de cet échouage. La Cour d'appel a confirmé la conclusion de responsabilité de cet échouage, mais a soustrait les dommages-intérêts pour perte de revenu pendant les 14 jours requis pour réparer les avaries causées par le deuxième échouage des dommages-intérêts correspondant aux 27 jours passés en cale sèche. Les deux parties ont formé un pourvoi devant notre Cour.

*Arrêt* (les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents en partie): Le pourvoi de Sunrise Company Limited est accueilli.

*Arrêt*: Le pourvoi du navire *Lake Winnipeg* est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka: Il ne suffit pas de se demander si l'arrêt du navire est imputable à l'acte délictuel du défendeur. Il est essentiel d'examiner si les dommages ont été causés au demandeur en raison de cet arrêt. En lui-même, l'ordre chronologique est peu signi-

must be broadened by an examination of the existing state of the vessel.

The case law on the subject matter is consistent. In particular, *The Carslogie* and *The Haversham Grange* can stand side by side and lead to a principled resolution of the issue here. The *Lake Winnipeg* was solely responsible for the first incident and accordingly was solely responsible for the profit loss flowing from the 27 days in dry dock. It was not sufficient here merely to determine that the damage caused by the second incident was a cause of the detention. The second incident, while it caused time in dry dock, did not result in any loss of profit. The profit-making enterprise was brought to a halt by the meeting with the *Lake Winnipeg*. Repairs due to the second incident were completed within the 27 days detention required by the first incident and therefore did not diminish the ship's profit-earning capacity.

The nature of the second casualty, whether tortious or otherwise, was irrelevant in any determination as to profit-earning capacity. The link between the second incident and the loss of profit suffered by the *Kalliopi L* was merely coincidental, not causal.

*Per* Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting in part): The party responsible for the initial damage need not always bear the whole of the loss resulting from detention, regardless of intervening causes which may also require detention. Damages are to restore the plaintiff to the position it would have been in but for the tortious conduct of the defendant — no less and no more. The matter to be determined is what loss the plaintiff has established to have been caused by the defendant's wrongful act, viewing the matter as it stands at the time of trial, and taking into account any factors which have diminished the loss in the interval following the defendant's tort. To the extent that an event which occurs after and independently of the tort diminishes the loss caused by the tortious event, that diminution must be reflected in the award for damages.

The diminution in a loss due to detention caused by a subsequent event can be recognized by pro rata apportionment. This approach is philosophically compatible with the contributory negligence approach to damages now prevalent in virtually all areas of tort law, and reflected in legislative provisions such as the *Canada*

ficatif; la perspective doit être élargie par l'examen de l'état du navire.

La jurisprudence en la matière est uniforme. Les arrêts *The Carslogie* et *The Haversham Grange* peuvent se concilier et permettre une solution éclairée du point en litige dans le présent pourvoi. Le *Lake Winnipeg* est entièrement responsable de la perte de profits résultant des 27 jours passés en cale sèche. Il ne suffit pas, en l'espèce, de déterminer simplement que le dommage causé par le deuxième incident a été une cause de l'arrêt. Même si le deuxième incident a nécessité un arrêt en cale sèche, il n'a pas eu pour effet d'entraîner une perte de profits. L'entreprise lucrative a été interrompue par suite de la rencontre avec le *Lake Winnipeg*. Les réparations attribuables au deuxième incident ont été effectuées à l'intérieur de l'arrêt de 27 jours nécessité par le premier incident et elles n'ont donc pas diminué la capacité du navire de réaliser des profits.

La nature du deuxième sinistre, qu'il soit délictuel ou autre, n'est pas pertinente à une détermination relative à la capacité de réaliser des profits. Il n'existe aucun lien de causalité entre le deuxième incident et la perte de profits du *Kalliopi L*, il s'agit d'une simple coïncidence.

Les juges Gonthier et McLachlin (dissidents en partie): La partie responsable du dommage initial n'est pas toujours tenue de supporter intégralement la perte résultant de l'arrêt, sans égard aux causes intermédiaires qui peuvent également exiger l'arrêt du navire. Les dommages-intérêts ont pour objectif de replacer le demandeur dans la situation où il aurait été en l'absence de la conduite délictuelle du défendeur — rien de plus ni rien de moins. Il s'agit de déterminer la perte qui, selon ce que le demandeur a établi, a été causée par l'acte délictuel du défendeur, en envisageant l'affaire telle qu'elle se présente au moment du procès et en tenant compte des facteurs qui ont diminué la perte dans l'intervalle qui a suivi le délit du défendeur. Dans la mesure où un événement, survenu après le délit et indépendamment du délit, diminue la perte causée par l'acte délictuel, cette diminution doit se refléter dans le montant des dommages-intérêts accordés.

La diminution d'une perte due à l'arrêt causé par un événement ultérieur peut être répartie au prorata. Sur le plan philosophique, cette méthode est compatible avec la façon d'aborder les dommages-intérêts en fonction de la négligence contributive qui s'applique maintenant dans presque tous les domaines du droit en matière de responsabilité civile délictuelle et qui se reflète dans des textes de loi comme la *Loi sur la marine marchande du Canada* et la *Loi sur le partage de la responsabilité* en

*Shipping Act* and the *Ontario Negligence Act*. Contributory negligence *per se*, although arguably available on the legislation, was not canvassed in the case at bar.

The rule of apportionment might be summarized as follows: (1) where there are two or more contributing causes to the loss of use of the vessel as a profit-earning machine; and (2) where each cause, considered independently, makes it necessary to detain the vessel to effect repairs, which are made concurrently; (3) then, to the extent that the two or more sets of repairs are effected concurrently, the loss due to detention is equally allotted between the causes; and (4), to the extent that the time is not used concurrently to repair both sets of damage, the resultant losses are borne solely by the party that caused those losses.

The effective cause of the grounding was the wrongful act of the *Lake Winnipeg* and the manner in which it forced the *Kalliopi L* into the perilous position close to the southern bank of the river. Liability was not imposed on the *Lake Winnipeg* because it chose to enter the narrow channel, but because in exercising this choice, it was under a duty to ensure that its actions did not threaten the safety of the downbound ship as it negotiated this part of the channel. No reversible or significant error occurred at trial or on appeal.

#### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Considered:** *The Haversham Grange*, [1905] P. 307; *Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government*, [1952] A.C. 292; *The Chekiang*, [1926] A.C. 637; **referred to:** *The Hauk* (1927), 30 Ll. L. Rep. 139; *Baker v. Willoughby*, [1969] 1 Q.B. 38; *Stene and Lakeman Construction v. Evans and Thibault* (1958), 24 W.W.R. 592; *Performance Cars Ltd. v. Abraham*, [1962] 1 Q.B. 33.

By McLachlin J. (dissenting in part in appeal by Sunrise Company Limited)

*Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government*, [1952] A.C. 292; *The Oinoussian Friendship*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 258; *Baker v. Willoughby*, [1969] 3 All E.R. 1528; *Ruabon Steamship Company v. London Assurance* (1899), 9 Asp. M.C. (N.S.) 2, rev'g [1898] 1 Q.B. 722; *The Haversham Grange*, [1905] P. 307; *Marine Insurance Co. v. China Transpacific Steamship Co. (The Vancouver)* (1886), 11 App. Cas. 573; *The Acanthus*, [1902] P. 17; *The Chekiang*,

Ontario. La négligence contributive en soi, bien qu'on puisse soutenir qu'elle est prévue par la législation, n'a pas été débattue en l'espèce.

La règle de partage pourrait être résumée de la façon suivante: (1) lorsqu'il y a deux ou plusieurs causes contribuant à la perte d'utilisation du navire comme machine lucrative; et (2) que chaque cause, considérée indépendamment, rend nécessaire l'arrêt du navire pour effectuer des réparations, qui sont effectuées simultanément; (3) alors, dans la mesure où deux ou plusieurs séries de réparations sont effectuées simultanément, la perte due à l'arrêt est répartie également entre les causes; et (4) dans la mesure où la réparation des deux séries d'avaries n'est pas effectuée simultanément, les pertes qui en résultent ne sont supportées que par la partie qui les a causées.

La véritable cause de l'échouage est l'acte délictuel du *Lake Winnipeg* et la façon dont il a obligé le *Kalliopi L* à se mettre dans une position périlleuse près de la rive sud du fleuve. On n'a pas attribué une responsabilité au *Lake Winnipeg* en raison du fait qu'il a choisi d'entrer dans le détroit, mais parce qu'en faisant ce choix il lui incombait de veiller à ce que ses actions ne compromettent pas la sécurité du navire descendant au moment où il entrait dans cette partie du détroit. Il ne s'est produit aucune erreur importante ou erreur donnant lieu à réformation en première instance ou en appel.

#### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts examinés:** *The Haversham Grange*, [1905] P. 307; *Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government*, [1952] A.C. 292; *The Chekiang*, [1926] A.C. 637; **arrêts mentionnés:** *The Hauk* (1927), 30 Ll. L. Rep. 139; *Baker v. Willoughby*, [1969] 1 Q.B. 38; *Stene and Lakeman Construction v. Evans and Thibault* (1958), 24 W.W.R. 592; *Performance Cars Ltd. v. Abraham*, [1962] 1 Q.B. 33.

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie dans le pourvoi de Sunrise Company Limited)

*Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government*, [1952] A.C. 292; *The Oinoussian Friendship*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 258; *Baker v. Willoughby*, [1969] 3 All E.R. 1528; *Ruabon Steamship Company v. London Assurance* (1899), 9 Asp. M.C. (N.S.) 2, inf. [1898] 1 Q.B. 722; *The Haversham Grange*, [1905] P. 307; *Marine Insurance Co. v. China Transpacific Steamship Co. (The Vancouver)* (1886), 11 App. Cas. 573; *The Acanthus*, [1902] P. 17; *The Chekiang*,

[1926] A.C. 637; *The Ferdinand Retzlaff*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 120; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 635, 638.

*Negligence Act*, R.S.O. 1980, c. 315, ss. 2, 4, 5.

#### Authors Cited

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.

McGuffie, Kenneth C. *The Law of Collisions at Sea*. (*British Shipping Laws*, vol. 4.) London: Stevens & Sons, 1961.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (1988), 96 N.R. 310, allowing in part an appeal from a judgment of Cullen J. Appeal by Sunrise Company Limited and Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd. allowed, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting in part. Appeal by the ship *Lake Winnipeg* and Her Owners dismissed.

*T. H. Bishop*, for Sunrise Company Limited and Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd.

*Sean Harrington* and *Nicholas Spillane*, for the ship *Lake Winnipeg* and Her Owners.

The judgment of Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have had the advantage of the opinion of my colleague, Justice McLachlin but, with respect, cannot adopt her reasons nor reach the result she proposes as regards the principal appeal. I however agree with her reasons and disposition in the cross-appeal.

Although my colleague has set out the facts, for clarity I will summarize them here.

On June 7, 1980, the *Kalliopi L*, while downbound on the St. Lawrence River, met but did not collide with, the upbound *Lake Winnipeg*. Immediately after

[1926] A.C. 637; *The Ferdinand Retzlaff*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 120; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802.

#### a Lois et règlements cités

*Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 635, 638.

*Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1980, ch. 315, art. 2, 4, 5.

b

#### Doctrine citée

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.

c McGuffie, Kenneth C. *The Law of Collisions at Sea*. (*British Shipping Laws*, vol. 4.) London: Stevens & Sons, 1961.

d POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1988), 96 N.R. 310, qui a accueilli en partie l'appel interjeté contre un jugement du juge Cullen. Pourvoi de Sunrise Company Limited et Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd. accueilli, les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents en partie. e Pourvoi du navire *Lake Winnipeg* et ses propriétaires rejeté.

f *T. H. Bishop*, pour Sunrise Company Limited et Ceres Shipping Enterprises Ltd.

*Sean Harrington* et *Nicholas Spillane*, pour le navire *Lake Winnipeg* et ses propriétaires.

g Le jugement du juge en chef Lamer et des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka a été rendu par

h LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de ma collègue le juge McLachlin mais, avec déférence, je ne puis souscrire à ses motifs et à sa conclusion en ce qui a trait au pourvoi principal. Je suis toutefois d'accord avec ses motifs et sa conclusion quant au pourvoi incident.

i Même si ma collègue a relaté les faits, je les résumerai pour plus de clarté.

j Le 7 juin 1980, le *Kalliopi L*, qui descendait la voie maritime du Saint-Laurent, a croisé le *Lake Winnipeg* qui lui, remontait la voie maritime, sans toute-

the meeting, the *Kalliopi L* went aground. The trial judge found that the *Lake Winnipeg* and her owners were entirely responsible for this grounding. In proceeding to an anchorage area, the *Kalliopi L* again, though through no fault of the *Lake Winnipeg*, went aground and suffered further damage. The second incident was unrelated to the first. Each grounding alone would have required the *Kalliopi L* to proceed immediately to dry dock for repairs once her cargo had been discharged. The time in dry dock necessitated by damage repairs occasioned by both incidents was 27 days. The detention in dry dock for repairs from the first incident alone would have required the full 27 days. If, however, repairs relating to the second incident were carried out separately, only 13 days in dry dock would have been necessary.

Liability for the cost of repairs is not an issue in the principal appeal as each party assumed responsibility for these costs. The loss in dispute is that resulting from the detention of the ship. Accordingly, the sole issue raised by the principal appeal is who is responsible for the loss of profit resulting from the detention for 27 days of the *Kalliopi L*.

The cross-appeal raises the issue of liability of the *Lake Winnipeg* for the first grounding. At trial, Cullen J. held that the *Lake Winnipeg* was solely responsible for the first grounding and further, that the *Lake Winnipeg* was liable for the 27 days detention consequent on the first grounding. On appeal, Hugessen J. for the Court upheld the trial judge's finding that the *Lake Winnipeg* was wholly responsible for the first grounding but held that the trial judge erred in holding the *Lake Winnipeg* responsible for the entire 27 days in dry dock. Since I agree entirely with the reasons of my colleague for dismissing the cross-appeal, I will deal exclusively with the issue raised by the principal appeal.

Based upon the principles my colleague derives from the case law, she concludes that the losses suf-

fois entrer en collision avec lui. Immédiatement après la rencontre, le *Kalliopi L* s'est échoué. Le juge de première instance a conclu que le *Lake Winnipeg* et ses propriétaires étaient entièrement responsables de cet échouage. En se dirigeant vers une zone d'ancrage, le *Kalliopi L* s'est à nouveau échoué, cette fois sans aucune faute du *Lake Winnipeg*, et a subi des avaries supplémentaires. Le deuxième incident n'était d'aucune façon relié au premier. Chaque échouage aurait obligé le *Kalliopi L* à entrer immédiatement en cale sèche pour y subir des réparations dès le déchargement de sa cargaison. L'arrêt en cale sèche, nécessaire à la réparation des avaries occasionnées par les deux incidents, a été de 27 jours. Les réparations découlant du premier incident auraient, à elles seules, exigé toute la période d'arrêt en cale sèche de 27 jours. Toutefois, si les réparations liées au second incident avaient été effectuées séparément, seulement 13 jours de cale sèche auraient été nécessaires.

Le pourvoi principal ne porte pas sur le coût des réparations puisque chaque partie en a assumé la responsabilité. La perte qui fait l'objet du litige est celle qui découle de la période d'arrêt du navire. Par conséquent, le seul point en litige soulevé dans le pourvoi principal consiste à déterminer la responsabilité relative à la perte de profits découlant de l'arrêt du *Kalliopi L* pendant 27 jours.

Le pourvoi incident soulève la question de la responsabilité du *Lake Winnipeg* à l'égard du premier échouage. Au procès, le juge Cullen a conclu que le *Lake Winnipeg* était entièrement responsable du premier échouage et, de plus, responsable de l'arrêt de 27 jours entraîné par le premier échouage. Le juge Hugessen de la Cour d'appel a maintenu la conclusion du juge de première instance portant que le *Lake Winnipeg* était entièrement responsable du premier échouage, mais il a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en statuant que le *Lake Winnipeg* était responsable de toute la période de 27 jours d'arrêt en cale sèche. Comme je partage entièrement les motifs de ma collègue en ce qui a trait au rejet du pourvoi incident, je ne traiterai que de la question soulevée par le pourvoi principal.

En se fondant sur les principes qu'elle tire de la jurisprudence, ma collègue conclut que les pertes su-

ferred as a result of the delay of the ship should be apportioned between what she finds to be the two parties who caused that detention, the *Lake Winnipeg* and the *Kalliopi L.* According to her analysis, to the extent repairs are effected concurrently, the loss is apportioned equally, otherwise the loss falls on the party causing that loss.

While I agree with my colleague that *The Haversham Grange*, [1905] P. 307, and *Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government (The Carslogie)*, [1952] A.C. 292, bear heavily in the resolution of the issue in this case, I must respectfully disagree with her analysis and the conclusions she draws from the cases. It is my opinion that *The Haversham Grange* and *The Carslogie* are consistent with one another and are applicable to the issue confronting us in this appeal.

Before turning to these cases I will refer briefly to the works of McGuffie, *The Law of Collisions at Sea* (1961), and McGregor, *McGregor on Damages* (15th ed. 1988). At page 26 of her reasons, McLachlin J. sets out a passage from each and concludes that "[there] is a welter of confused and confusing jurisprudence, a state of affairs reflected in the fact that the two leading scholars commenting on it arrive at different conclusions as to the rules applicable to this case." Both authors attempt to summarize the law in this area; McGuffie sets out a number of propositions, while McGregor divides the case law into four separate areas. To end up with a true comparison, one must choose a proposition from each that proceeds from the same jurisprudential base. Due to the summary nature of the works, there is some difficulty in comparing their respective positions. I will however attempt to set out what, in my opinion, are the proper corresponding propositions.

To begin with, to be meaningful the proposition cited by my colleague from McGregor's work must, in my opinion, be viewed in its proper context. For ease of reference I will reproduce here the proposi-

bies par suite du délai du navire devraient être réparties entre les deux parties qui, selon elle, ont causé cet arrêt, soit le *Lake Winnipeg* et le *Kalliopi L.* Selon son analyse, dans la mesure où les réparations sont effectuées simultanément, la perte est répartie également; dans le cas contraire, la perte est supportée par la partie qui en est la cause.

Même si je conviens avec ma collègue que les arrêts *The Haversham Grange*, [1905] P. 307, et *Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government (The Carslogie)*, [1952] A.C. 292, ont une importance décisive pour la résolution du point en litige dans le présent pourvoi, avec égards je dois dire que je ne partage pas son analyse et les conclusions qu'elle tire de ces arrêts. Je suis d'avis que les arrêts *The Haversham Grange* et *The Carslogie* sont compatibles l'un avec l'autre et qu'ils s'appliquent à la question dont nous sommes saisis dans le présent pourvoi.

Avant d'aborder ces arrêts, je mentionnerai brièvement les ouvrages de McGuffie, *The Law of Collisions at Sea* (1961), et de McGregor, *McGregor on Damages* (15<sup>e</sup> éd. 1988). À la page 26 de ses motifs, le juge McLachlin cite un extrait de chaque auteur et conclut qu'il y a «une masse de jurisprudence confuse et déroutante, un état de choses qui se reflète dans le fait que deux auteurs éminents qui l'ont commentée arrivent à des conclusions différentes quant aux règles applicables dans ce cas.» Les deux auteurs tentent de résumer le droit applicable dans ce domaine; McGuffie énonce un certain nombre de propositions tandis que McGregor divise la jurisprudence en quatre domaines distincts. Pour pouvoir les comparer vraiment, il faut choisir une proposition de chaque auteur qui provient de la même base jurisprudentielle. En raison de la nature sommaire des ouvrages, il est quelque peu difficile de comparer les positions respectives des auteurs. Je tenterai toutefois d'établir quelles sont, selon moi, les propositions correspondantes appropriées.

En premier lieu, pour qu'elle soit significative, la proposition tirée de l'ouvrage de McGregor que cite ma collègue, doit, à mon avis, être examinée dans son contexte propre. Pour des raisons de commodité, je

tion McLachlin J. extracts from McGregor at p. 27 of her reasons:

It would therefore seem clear that even where only one casualty is caused tortiously and the other without liability upon anyone, as by heavy weather, the dock expenses and loss of profits will be attributable solely to the casualty first in time. If that is the casualty caused by the tortfeasor he will be wholly liable, but if it is the casualty caused by the heavy weather the plaintiff will have no redress.

This quotation occurs within a larger discussion centred on *The Haversham Grange*, a discussion that attempts to solve the question of liability when two events, each in isolation, render a ship unseaworthy and consequently in need of dry dock. Such a situation is mirrored by the facts in the instant case. At page 787, McGregor concludes that in such a case:

. . . the sequence of casualties becomes important and the loss of profits and the dock expenses will be properly attributed to the first in time.

McGregor goes on to discuss *The Haversham Grange* and the House of Lords decision in *The Carslogie*, and how these cases lead one to this result. It is within this larger context, a discussion of *The Haversham Grange*, that the above quotation must be evaluated.

In order to compare this statement with one of the propositions set out by McGuffie, one must choose that proposition which flows from the same case, *The Haversham Grange*. The proposition so chosen, located at p. 398 reads:

(6) If it is necessary to effect collision repairs in respect of two collisions, damages for detention are payable by the wrongdoer in the first collision, so far as not increased by the second.

In my opinion, this comparison is the more accurate one. In addition, the summaries found in McGregor's work offer more in the way of factual background and analysis. The propositions found in McGuffie's

reproduis ici la proposition de l'ouvrage de McGregor, citée par le juge McLachlin à la p. 27 de ses motifs:

[TRADUCTION] Il semblerait donc clair que même lorsqu'un seul sinistre est causé par un acte délictuel et que l'autre ne résulte de la responsabilité de personne, comme dans le cas de gros temps, les frais de mise en cale sèche et la perte de profits seront attribuables exclusivement au sinistre qui survient le premier dans le temps. Si ce sinistre est causé par l'auteur du délit, ce dernier est entièrement responsable, mais si le sinistre est causé par le gros temps, le demandeur ne bénéficie d'aucun redressement.

Cette citation est tirée d'une discussion plus large de l'arrêt *The Haversham Grange*, discussion qui tente de déterminer la responsabilité lorsque deux événements, isolés l'un de l'autre, rendent un navire non navigable et le forcent ainsi à entrer en cale sèche. C'est précisément la situation en l'espèce. À la page 787, McGregor conclut qu'en pareil cas:

[TRADUCTION] . . . l'ordre de succession des sinistres devient important et la perte de profits et les frais de mise en cale sèche seront justement attribués au premier sinistre dans le temps.

McGregor, poursuivant l'étude de l'arrêt *The Haversham Grange* et de l'arrêt de la Chambre des lords dans l'affaire *The Carslogie*, démontre comment ces deux arrêts mènent à ce résultat. C'est dans ce contexte plus large de la discussion de l'arrêt *The Haversham Grange* que l'extrait cité plus haut doit être interprété.

Pour pouvoir comparer cette déclaration avec l'une des propositions établies par McGuffie, il faut choisir la proposition qui est inspirée du même arrêt, soit *The Haversham Grange*. La proposition ainsi choisie, qui figure à la p. 398, porte:

[TRADUCTION]

(6) S'il est nécessaire d'effectuer des réparations découlant des deux abordages, les dommages relatifs à l'arrêt sont attribuables à l'auteur du premier abordage, dans la mesure où ces dommages ne sont pas augmentés par le deuxième abordage.

À mon avis, cette comparaison est plus exacte. De plus, les résumés qui figurent dans l'ouvrage de McGregor comportent davantage d'éléments contextuels et analytiques. En comparaison, les propositions

work seem vacuous in comparison, due to the acontextual fashion in which they are presented. In my opinion, his analysis is unhelpful and confusing.

As far then as these two authors are concerned, I respectfully disagree with my colleague's conclusion that they are in conflict. Furthermore, I feel more comfortable in relying upon the work of McGregor.

I turn now to a consideration of *The Carslogie*, and *The Haversham Grange*. It is my contention that the results in these two cases are not inconsistent, and further, that the proper application of these two cases resolves the issue here.

The facts of *The Haversham Grange* are strikingly similar to those in the present case; therefore I will set them out at some length. The ship *Maureen* was struck by the ship *Caravellas* and, on the following day, was struck by the *Haversham Grange*. The damage incurred as a result of either collision would have necessitated time in dry dock. The repairs consequent upon the two collisions were carried out at the same time. The repairs due to the second collision did not increase the amount of time spent in dry dock. Carried out alone, repairs due to the first collision would have required 22 days, while repairs due to the second collision would have required only six. The owners of the *Maureen* claimed against the *Haversham Grange* for the six days detention time.

The Registrar rejected the *Maureen's* claim. Gorell Barnes, President, on a motion in objection to the Registrar's decision, upheld the decision of the Registrar on the ground that as the *Maureen* had already been rendered unseaworthy and in need of dry docking due to the first incident, the repairs required by the second collision were not a factor in her delay and thus the *Haversham Grange* should bear no responsibility for the time spent in dry dock.

It must be stressed that, on appeal, the claim against the *Haversham Grange* for loss of profit was abandoned. Therefore, the bulk of the reasons rendered on appeal were concerned solely with the issue

qui figurent dans l'ouvrage de McGuffie apparaissent vides de sens, en raison de leur présentation hors contexte. À mon avis, l'analyse de ce dernier auteur n'est pas utile et est source de confusion.

En ce qui a trait à ces deux auteurs, je ne partage pas la conclusion de ma collègue portant qu'ils sont en contradiction. De plus, je préfère me fonder sur l'ouvrage de McGregor.

J'aborde maintenant l'examen des arrêts *The Carslogie* et *The Haversham Grange*. J'estime que les résultats de ces deux arrêts ne sont pas incompatibles et qu'en outre une juste application de ces deux arrêts permet de trancher la question en litige.

Les faits de l'affaire *The Haversham Grange* sont remarquablement semblables à ceux de l'espèce; je les relaterai donc assez en détail. Le navire *Maureen* a été abordé par le navire *Caravellas* puis, le lendemain, par le navire *Haversham Grange*. Les avaries subies par suite de chacun des deux abordages auraient nécessité un arrêt en cale sèche. Les réparations rendues nécessaires par suite des deux abordages ont été effectuées en même temps. Les réparations découlant du deuxième abordage n'ont pas augmenté la période d'arrêt en cale sèche. Si elles avaient été effectuées séparément, les réparations entraînées par le premier abordage auraient exigé 22 jours, tandis que les réparations entraînées par le deuxième abordage n'auraient nécessité que six jours. Les propriétaires du *Maureen* ont réclamé du *Haversham Grange* les six jours d'arrêt.

Le registraire a rejeté la réclamation du *Maureen*. Le président Gorell Barnes, qui a entendu la requête d'opposition à la décision du registraire, a maintenu cette décision en se fondant sur le motif suivant: puisque le premier incident avait entraîné la non navigabilité du *Maureen* et la nécessité d'un arrêt en cale sèche, les réparations nécessitées par le deuxième abordage n'étaient pas un facteur de l'arrêt du navire et, partant, le *Haversham Grange* ne devait pas être tenu responsable du temps passé en cale sèche.

Il y a lieu de souligner que, lors de l'appel, la réclamation pour perte de profits faite contre le *Haversham Grange* a été abandonnée. Par conséquent, une grande partie des motifs rendus en appel



of dock dues and other expenses which the Court of Appeal apportioned between the two wrongdoers. In so far as the issue of the claim for detention of the ship was discussed, the Court of Appeal confirmed the opinion of the President. At page 317 Collins M.R. stated:

It turns out that the ship must have been, and in point of fact was, detained the whole time in dock by the repairs which had to be executed in consequence of the damage done by the first of the two ships, the *Caravellas*, and that in point of fact although the repairs occasioned by the *Haversham Grange* were done simultaneously, the ship was not detained an hour longer by reason of that fact. In view of that state of things, it seems to me impossible to say that any claim for demurrage exists against the *Haversham Grange*, and that, therefore, so far as that part of the case is concerned, it must be dismissed.

The internal inconsistency in *The Haversham Grange* that my colleague refers to appears to have been eliminated by the House of Lords in *The Carslogie* which overruled the Court of Appeal on the issue of dock dues. While I will discuss this in greater length when I turn to *The Carslogie*, I would like to note at this point that consideration of that portion of the case apportioning dock dues seems inappropriate in view of the fact that the House of Lords emphatically rejected the reasoning on this point. Therefore, I do not think that any conclusion can be drawn from that part of the case as regards the point in issue here.

In a case prior to *The Carslogie*, the House of Lords considered the Court of Appeal's reasons in *The Haversham Grange* on the issue of loss of profits. In *The Chekiang*, [1926] A.C. 637, an owner of a ship damaged in a collision decided that while the ship was in dry dock for repairs it might as well have its annual refit done, a refit not due for another four months. The question arose as to whether the owner was responsible for that period of detention necessitated by the decision to refit. In this context, Lord Phillimore considered *The Haversham Grange*, and approved of the Court of Appeal's reasons on the detention issue. He extracted from the Court of Ap-

portait uniquement sur la question des frais de mise en cale sèche et autres frais, que la Cour d'appel a répartis entre les deux auteurs de délit. En ce qui a trait à la réclamation fondée sur l'arrêt du navire, la Cour d'appel a confirmé l'opinion du président. À la page 317, le maître des rôles Collins déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] Il s'est avéré que le navire a dû être retenu et qu'en fait il a été retenu pendant tout ce temps en cale sèche par les réparations qu'il fallait effectuer par suite des avaries causées par le premier des deux navires, le *Caravellas*, et qu'en fait, même si les réparations occasionnées par le *Haversham Grange* ont été effectuées simultanément, le navire n'a pas été arrêté une heure de plus en raison de ce fait. Compte tenu de cet état de choses, il me semble impossible d'accueillir une demande de surestaries contre le *Haversham Grange*, et par conséquent, en ce qui a trait à cette partie de l'affaire, il y a lieu de la rejeter.

La contradiction interne dans l'arrêt *The Haversham Grange*, à laquelle ma collègue fait référence, semble avoir été éliminée par la Chambre des lords dans l'arrêt *The Carslogie* qui a renversé l'arrêt de la Cour d'appel sur la question des frais de mise en cale sèche. Même si j'examinerai plus en détail cet aspect lorsque j'aborderai l'arrêt *The Carslogie*, j'aimerais souligner dès maintenant qu'il semble inapproprié de retenir cette partie de l'arrêt qui prononce le partage des frais de mise en cale sèche, compte tenu du fait que la Chambre des lords a formellement rejeté le raisonnement sur cette question. Par conséquent, je ne crois pas qu'on puisse tirer quelque conclusion de cette partie de l'arrêt en ce qui a trait à la question qui se pose ici.

Dans une affaire antérieure à celle du *Carslogie*, la Chambre des lords a examiné les motifs rendus par la Cour d'appel dans l'arrêt *The Haversham Grange* sur la question de la perte de profits. Dans l'affaire *The Chekiang*, [1926] A.C. 637, le propriétaire d'un navire endommagé dans un abordage a décidé de profiter du temps d'arrêt en cale sèche, nécessité par les réparations, pour procéder immédiatement au radoub annuel, soit quatre mois avant le temps prévu. La question s'est alors posée de savoir si le propriétaire était responsable de la période d'arrêt correspondant à la décision de radouber le navire. Dans ce contexte, lord Phillimore a examiné l'arrêt *The Haversham*

peal's reasons a larger and more general expression of principle. At page 653, Lord Phillimore set out the principle in these words:

If a vessel has got to go into dry dock for a periodical survey for class or in the case of King's ships by the practice of the Admiralty, or to repair previous damage, her detention for repairs due to some collision which occurs after the previous damage or after the determination to put her into dry dock has been made, will not be a charge against the wrongdoer; otherwise it will.

Interestingly, this case also foreshadowed the decision of the House of Lords in *The Carslogie* which overruled that portion of the Court of Appeal's reasons in *The Haversham Grange* that apportioned dock dues. At page 653, Lord Phillimore disapproved of the manner in which the dock expenses were dealt with, calling the ground used by the Court of Appeal to distinguish between them and the damage due to detention, "not very easy to appreciate" but left reconsideration for the future.

I turn now to *The Carslogie*. This more recent House of Lords decision is, in my view, consistent with *The Haversham Grange*. Furthermore, *The Carslogie*, renders the decision in *The Haversham Grange* internally consistent and provides strong support for the result, a result that should, in my opinion, obtain on the facts of the case before us.

The facts in *The Carslogie* are these. The *Carslogie* ran into the *Heimgar*. There was an admission of liability on the part of the *Carslogie*. Temporary repairs were effected but permanent repairs had to be carried out in the United States. Important for an understanding of the result in this case is the fact that, after the collision with the *Carslogie* and prior to crossing the Atlantic, the *Heimgar* was given a certificate of seaworthiness, authorizing her to be continued in her present class without fresh record of survey, subject to permanent repairs at the owner's convenience. She was held to be fit to carry dry and perishable cargoes. During the crossing of the Atlan-

*Grange* et approuvé les motifs de la Cour d'appel sur la question de l'arrêt. Il a tiré des motifs de la Cour d'appel un principe exprimé en termes plus larges et plus généraux. À la page 653, lord Phillimore a exprimé le principe en ces termes:

<sup>a</sup>

[TRADUCTION] Si un navire doit être mis en cale sèche pour une visite périodique de classification, ou, dans le cas des navires du Roi, pour l'application des règles de l'Amirauté, ou pour la réparation de dommages antérieurs, son arrêt pour fins de réparations découlant d'un abordage qui s'est produit après le dommage antérieur ou après la décision de le mettre en cale sèche ne sera pas à la charge de l'auteur de délit; dans le cas contraire, il sera à sa charge.

<sup>c</sup>

Fait intéressant, cet arrêt laissait également présager l'arrêt que rendrait la Chambre des lords dans l'affaire *The Carslogie*, qui a renversé cette partie des motifs de la Cour d'appel dans l'arrêt *The Haversham Grange* portant répartition des frais de mise en cale sèche. À la page 653, lord Phillimore a désapprouvé la façon dont les frais de mise en cale sèche avaient été traités, en déclarant que le motif invoqué par la Cour d'appel pour distinguer ces frais des dommages découlant de la période d'arrêt [TRADUCTION] «n'était pas très facile à apprécier»; il a toutefois reporté à plus tard un nouvel examen de la question.

<sup>f</sup>

J'aborde maintenant l'arrêt *The Carslogie*. Cet arrêt plus récent de la Chambre des lords est à mon avis compatible avec l'arrêt *The Haversham Grange*. De plus, l'arrêt *The Carslogie* rend à l'arrêt *The Haversham Grange* sa logique interne et appuie fortement le résultat obtenu, résultat qui, à mon avis, devrait s'appliquer aux faits de la présente instance.

<sup>g</sup>

Voici les faits de l'affaire *The Carslogie*. Le navire *Carslogie* est entré en collision avec le navire *Heimgar*. On a admis la responsabilité du *Carslogie*. Des réparations temporaires ont été effectuées, mais les réparations permanentes devaient être faites aux États-Unis. Autre fait important pour la compréhension du résultat obtenu dans cette affaire, après l'abordage par le *Carslogie* et avant la traversée de l'Atlantique, le navire *Heimgar* avait reçu un certificat de navigabilité qui l'autorisait à conserver sa cote actuelle sans devoir obtenir un nouveau rapport de visite, pourvu que les réparations permanentes soient effectuées à la convenance du propriétaire. On a dé-

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

tic, the *Heimgar* encountered heavy weather and sustained such damage as rendered her unseaworthy. This necessitated immediate dry docking. Thus, prior to encountering rough weather on the Atlantic, the *Heimgar* was a seaworthy vessel, capable of earning profits for her owners. Repairs due to the collision and to heavy weather, as well as the owner's repairs were all carried out at the same time. Of the 50 days in dry dock, it was agreed that 10 days should be allocated to the repair of the collision damage and 30 for the weather damage. The question for the House of Lords was whether the owners of the *Carslogie* were liable for the 10 days detention. The House of Lords answered this question in the negative.

In order to support my contention that the result in this case is consistent with and supportive of that in *The Haversham Grange*, it is necessary to quote at some length from the reasons in *The Carslogie*. It will be seen that the House of Lords both clarifies the reasoning of the Court of Appeal in *The Haversham Grange*, and also resolves the issue facing them in a manner consistent with that case.

After setting out some of the basic principles referred to by my colleague McLachlin J., Viscount Jowitt offered what is, to my mind, one of the most important principles in resolving questions of liability for loss of profit in cases such as these. At pages 300-301, he stated:

If I may use the expression of Bucknill L.J. . . . damages are payable for the detention of a ship because she is "a profit-earning machine". If she ceases to be a profit-earning machine it follows that she can sustain no damage from being detained until she again becomes capable of earning profit. In other words, it is not enough to consider whether the ship was detained by the wrongful act of the defendant. It is essential to consider whether damages were caused to the plaintiff by reason of such detention. [Emphasis added.]

terminé qu'il était en état de transporter des denrées sèches et périssables. Au cours de la traversée de l'Atlantique, le *Heimgar* a rencontré du gros temps et subi d'autres dommages qui l'ont rendu incapable de tenir la mer. Il a fallu immédiatement le mettre en cale sèche. Ainsi, avant de rencontrer du gros temps sur l'Atlantique, le *Heimgar* était un navire capable de tenir la mer et de rapporter des profits à ses propriétaires. Les réparations des dommages attribuables à l'abordage et imputables au gros temps, de même que les réparations désirées par le propriétaire ont toutes été effectuées au même moment. Sur les 50 jours en cale sèche, on a convenu que 10 devaient être alloués à la réparation des dommages attribuables à l'abordage et 30 à la réparation des dommages imputables au gros temps. La Chambre des lords devait décider si les propriétaires du *Carslogie* étaient responsables des 10 jours d'arrêt. La Chambre des lords a répondu à cette question par la négative.

Pour étayer ma prétention que le résultat dans cette affaire se concilie avec celui de l'arrêt *The Haversham Grange*, et l'appuie, il y a lieu de citer certains extraits des motifs de l'arrêt *The Carslogie*. On verra que la Chambre des lords clarifie le raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *The Haversham Grange*, et résout en même temps la question dont elle était saisie d'une façon qui s'harmonise avec cet arrêt.

Après avoir fait état de certains des principes fondamentaux auxquels réfère ma collègue le juge McLachlin, le vicomte Jowitt a établi ce qui, selon moi, constitue l'un des principes les plus importants pour résoudre les questions de responsabilité en matière de perte de profits dans des cas semblables. Aux pages 300 et 301, il a déclaré:

[TRADUCTION] Pour reprendre l'expression du lord juge Bucknill [ . . . ] l'arrêt d'un navire donne ouverture au paiement de dommages-intérêts parce que le navire est «une machine lucrative». S'il cesse d'être une machine lucrative, il s'ensuit que son arrêt ne peut lui causer aucun dommage jusqu'à ce qu'il devienne à nouveau capable de procurer des profits. En d'autres mots, il ne suffit pas de se demander si l'arrêt du navire est imputable à l'acte délictuel du défendeur. Il est essentiel d'examiner si les dommages ont été causés au demandeur en raison de cet arrêt. [Je souligne.]

Viscount Jowitt proceeded to distinguish the cause of detention from the cause of loss of profit, a distinction that is seized on in all of the opinions in the case. Viscount Jowitt noted that the cause of loss of profit in this case was the heavy weather damage since the *Heimgar* was a profit-making, seaworthy vessel after the collision and prior to the crossing of the Atlantic. While the collision may have been a cause of her detention, it did not figure in the loss of profits.

As to *The Haversham Grange*, Viscount Jowitt disapproved of that portion of the case dealing with dock dues but noted at p. 303 that, “. . . the decision as to damages for delay was correct.” At page 306 he stated that there was no conflict between the result in *The Carslogie* and *The Haversham Grange*. He reconciled these cases, along with *The Hawk* (1927), 30 Ll. L. Rep. 32, a case similar to *The Carslogie*, *supra*, with these words:

My Lords, both in *The Hawk* and in the present case the unseaworthiness was caused by an event which happened after the collision, and I see nothing in the rule laid down in *The Haversham Grange* which in any way conflicts with the decision in *The Hawk*. That rule . . . rightly treats the first wrong-doer who renders the vessel unseaworthy as responsible for the consequent delay, notwithstanding the act of a second wrong-doer who also rendered the ship unseaworthy . . .

Although the opinions of the other Lords depart little from the reasoning of Viscount Jowitt, I will nevertheless refer to them briefly.

Lord Normand also had little difficulty in reconciling *The Carslogie* and *The Haversham Grange*. He made clear that the sequence of events is largely irrelevant. Viewed superficially in terms of sequence, the cases are indeed hard to reconcile. After discussing *The Haversham Grange*, Lord Normand, at p. 310, provided the proper perspective, a perspective similar

Le vicomte Jowitt a ensuite fait une distinction entre la cause de l'arrêt et la cause de la perte de profits, distinction qui est reprise dans toutes les opinions exprimées dans cette affaire. Le vicomte Jowitt a souligné que la cause de la perte de profits dans cette affaire était l'avarie imputable au temps puisque le *Heimgar* était un navire lucratif, en bon état de navigabilité après l'abordage et avant la traversée de l'Atlantique. Bien que l'abordage ait pu être une cause de son arrêt, il n'avait eu aucun effet sur la perte de profits.

Quant à l'affaire *The Haversham Grange*, le vicomte Jowitt a désapprouvé cette partie de l'arrêt qui portait sur les frais de mise en cale sèche, mais a souligné à la p. 306 que [TRADUCTION] «. . . la décision était fondée en ce qui a trait aux dommages-intérêts pour l'arrêt.» À la page 306, il a déclaré qu'il n'y avait aucun conflit entre le résultat de l'arrêt *The Carslogie* et celui de l'arrêt *The Haversham Grange*. Il a concilié ces arrêts, de même que l'arrêt *The Hawk* (1927), 30 Ll. L. Rep. 32, arrêt semblable à celui du *Carslogie*, précité, en ces termes:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, à la fois dans l'affaire *The Hawk* et en l'espèce, la non navigabilité a été causée par un événement qui est survenu après l'abordage, et je ne vois rien dans la règle établie dans l'arrêt *The Haversham Grange* qui entre en conflit avec l'arrêt *The Hawk*. Cette règle [. . .] traite justement le premier auteur de délit qui rend le navire non navigable comme le responsable de l'arrêt qui en résulte, nonobstant l'action d'un deuxième auteur de délit qui a lui aussi rendu le navire non navigable . . .

Même si les opinions exprimées par les autres lords se démarquent très peu du raisonnement du vicomte Jowitt, je vais toutefois les mentionner brièvement.

Lord Normand n'a pas non plus eu beaucoup de difficulté à concilier les arrêts *The Carslogie* et *The Haversham Grange*. Il a précisé que l'ordre de succession des événements est en grande partie non pertinent. S'ils sont examinés superficiellement sous l'angle de l'ordre de succession des événements, les arrêts sont en effet difficiles à concilier. Après avoir discuté de l'arrêt *The Haversham Grange*, lord Normand, à la p. 310, a placé les choses dans leur propre

to that enunciated by Viscount Jowitt and one that allows the two cases to stand together:

As in that case [*The Haversham Grange*] so in this the claim fell to be disallowed because the plaintiffs failed to prove that the ship could have earned profits during the period of detention caused by the repairs rendered necessary by the defendants' tort.

Further, at p. 311:

Bucknill L.J. fell into what I humbly think is the error of supposing that *The Haversham Grange* is authority for a rule that liability for detention attaches to a tortfeasor merely because the damage done by his tort is prior in time to a subsequent damage, whether caused by a tort or by some other cause . . . if the fact is that one of two casualties made the vessel unseaworthy and the other did not, the problem of liability is solved and the time sequence is irrelevant. In *The Haversham Grange* the time sequence was important because the damage suffered by the *Maureen* in each of the two collisions was enough to make her unseaworthy. [Emphasis added.]

Like the other Lords, Lord Normand concluded that, as the *Heimgar* was a profit-earning vessel prior to incurring the heavy weather damage, the loss of earnings was not caused by the collision.

Lord Tucker made the same important point; sequence in and of itself means little. Only when the perspective is broadened by an examination of the existing state of the vessel can a principled decision regarding liability be made. He noted that an examination of the cases from the viewpoint of where liability is found ultimately to rest, on the intervening or initial casualty, is misleading and confusing. He explained, at pp. 316-17:

. . . both the *Hauk* and the *Heimgar* were rendered unseaworthy by events which happened after the collision in each case. So far as the claim for demurrage was concerned in *The Haversham Grange*, it was rejected not because the collision between the *Maureen* and the *Haversham Grange* was subsequent to the collision with the *Caravellas*, but because it turned out that the *Maureen* must have been and in point of fact was detained the whole time in dock for the repairs which had to be

perspective, perspective semblable à celle qu'a énoncée le vicomte Jowitt et qui permet de concilier ces deux arrêts:

a [TRADUCTION] Comme dans cette affaire [*The Haversham Grange*], de même qu'en l'espèce, la réclamation a été rejetée parce que les demandeurs n'ont pas prouvé que le navire aurait pu rapporter des profits pendant la période d'arrêt imputable aux réparations rendues nécessaires par le délit du défendeur.

b Plus loin, à la p. 311, il précise que:

[TRADUCTION] Le lord juge Bucknill a commis selon moi l'erreur de supposer que l'arrêt *The Haversham Grange* établit une règle portant que la responsabilité pour l'arrêt incombe à l'auteur de délit uniquement parce que le dommage causé par son délit est antérieur dans le temps à un dommage subséquent, qu'il soit causé par un délit ou par une autre cause [ . . . ] si dans les faits l'un seulement des deux sinistres a rendu le navire non navigable, le problème de la responsabilité est résolu et l'ordre chronologique est sans pertinence. Dans l'arrêt *The Haversham Grange*, l'ordre chronologique était important puisque les dommages subis par le *Maureen* lors de chacun des deux abordages suffisaient à le rendre non navigable. [Je souligne.]

c À l'instar des autres lords, lord Normand a conclu que, puisque le *Heimgar* était un navire lucratif avant de subir des avaries imputables au gros temps, la perte de profits n'avait pas été causée par l'abordage.

d Lord Tucker a souligné le même point important: en lui-même, l'ordre chronologique est peu significatif. Ce n'est que dans une perspective élargie par l'examen de l'état du navire qu'on peut rendre une décision de principe quant à la responsabilité. Il a noté qu'un examen des arrêts qui se limiterait à observer à quel sinistre, intermédiaire ou initial, la responsabilité est finalement imputable, est trompeur et source de confusion. Il s'en explique aux pp. 316 et 317:

e [TRADUCTION] . . . le *Hauk* et le *Heimgar* ont tous deux été rendus non navigables par des événements qui se sont produits après l'abordage dans chaque cas. En ce qui a trait aux surestaries dans l'affaire *The Haversham Grange*, la demande a été rejetée non parce que l'abordage entre le *Maureen* et le *Haversham Grange* est survenu subséquentment à l'abordage avec le *Caravellas*, mais parce qu'il s'est avéré que le *Maureen* a dû être retenu et qu'en fait il a été retenu pendant tout ce

executed in consequence of the damage done by the *Caravellas* which had rendered her unseaworthy. It was immaterial that the damage done by the *Haversham Grange* would also by itself have made the *Maureen* unseaworthy or that it occurred after the first collision. [Emphasis added.]

The judgment of Lord Morton of Henryton is to the same effect.

Before applying this reasoning to the facts of the case before us, I will briefly comment on the comparison of loss of profit cases in the shipping area with personal injury cases. While, as my colleague McLachlin J. points out at p. 28 of her reasons, the general principles may be the same, their application is of necessity different. Inherent differences in the nature of the injuries sustained militate against any meaningful comparisons between the two areas. The problems that may arise upon such an attempt can be seen in the difficulties experienced by the court in the personal injuries case referred to by McLachlin J., *Baker v. Willoughby*, [1969] 1 Q.B. 38.

Another example in the case law of an attempted comparison can be found in *Stene and Lakeman Construction v. Evans and Thibault* (1958), 24 W.W.R. 592 (Alta. S.C.A.D.). At trial, *The Carslogie* was held to be inapplicable. On appeal, McBride J.A. implicitly warned against such comparisons. At page 596 he spoke of his inability to find any meaningful similarities in the shipping cases:

I find it difficult to see any similarity or parallel between a seaworthy motor vessel damaged but still requiring further repairs because of original collision damage, then later and further severely damaged in mid-Atlantic, and the plaintiff *Stene's* position after the doctors had done all they could for him with respect to the first accident and he had made his maximum recovery and had started to learn accountancy.

It seems to me that a more meaningful use of the principles in the shipping cases occurs in *Perform-*

temps en cale sèche pour des réparations qu'il fallait effectuer par suite des avaries causées par le *Caravellas* qui l'avaient rendu non navigable. Il importe peu que l'avarie causée par le *Haversham Grange* ait pu en elle-même rendre le *Maureen* non navigable ou qu'elle ait pu se produire après le premier abordage. [Je souligne.]

L'opinion de lord Morton de Henryton va dans le même sens.

Avant d'appliquer ce raisonnement aux faits de la présente instance, j'aimerais commenter brièvement la comparaison qu'on fait entre les cas de pertes de profits dans le domaine de la navigation et ceux relatifs à des blessures corporelles. Bien que, comme le souligne ma collègue le juge McLachlin à la p. 28 de ses motifs, les principes généraux soient les mêmes, leur application est nécessairement différente. Des différences inhérentes à la nature des préjudices subis empêchent toute comparaison significative entre les deux domaines. Les problèmes qui peuvent se poser lorsqu'on tente une telle comparaison se reflètent dans les difficultés éprouvées par la cour dans l'arrêt *Baker v. Willoughby*, [1969] 1 Q.B. 38, mentionné par le juge McLachlin, où il s'agissait de blessures corporelles.

Nous pouvons trouver un autre exemple d'une tentative de comparaison de ces deux domaines dans l'arrêt *Stene and Lakeman Construction v. Evans and Thibault* (1958), 24 W.W.R. 592 (C.S.D.A. Alb.). Au procès, le juge a conclu que l'arrêt *The Carslogie* ne s'appliquait pas. Le juge McBride de la Cour d'appel a implicitement déconseillé de procéder à de telles comparaisons. À la page 596, il a déclaré ne pouvoir trouver quelque similitude significative dans les affaires de navigation:

[TRADUCTION] Je trouve difficile de voir quelque similitude ou parallèle entre un navire capable de tenir la mer qui a été endommagé mais qui a besoin de réparations supplémentaires par suite de dommages causés par un premier abordage, qui subit par la suite de graves avaries au milieu de l'Atlantique, et la position du demandeur *Stene*, après que les médecins aient fait leur possible à la suite du premier accident, et qu'il ait pleinement recouvré la santé et entrepris des études de comptabilité.

Il me semble qu'une utilisation plus significative des principes établis dans les affaires de navigation

*ance Cars Ltd. v. Abraham*, [1962] 1 Q.B. 33, in that, as in the shipping cases, the issue revolved around property damage. In this case, a car was involved in two collisions. The damage done was slight although the first collision necessitated the respraying of the whole of the lower part of the car. As the plaintiff was unable to recover the amount needed for respraying from the first tortfeasor, he reasoned that, as the damage caused by the second tortfeasor would have independently required respraying, he would look to the second tortfeasor for recovery of this cost. Lord Evershed M.R. in coming to a conclusion, relied partly on the reasoning in *The Carslogie* and *The Haversham Grange*. At page 40, he concluded:

In my judgment in the present case the defendant should be taken to have injured a motor-car that was already in certain respects (that is, in respect of the need for respraying) injured; with the result that to the extent of that need or injury the damage claimed did not flow from the defendant's wrongdoing. [Emphasis added.]

While in the case before us liability for the cost of repairs is not in issue, I have referred to this case to illustrate what is, in my opinion, a more appropriate context for meaningful use to be made of those principles laid down in the shipping cases. The conclusion reached by Lord Evershed M.R. is also helpful in the search for a principled conclusion in the case presently before us.

I turn now to the disposition in this case. As I have hopefully made clear above, the two leading cases, *The Haversham Grange* and *The Carslogie* can stand side by side and lead to a principled resolution of the issue in the present appeal. The necessary result is that the *Lake Winnipeg*, which was solely responsible for the first incident which required 27 days in dry dock, is wholly responsible for the profit loss due to this detention. It is not sufficient in this case merely to determine that the damage caused by the second incident was a cause of the detention. Notwithstanding an affirmative answer to this question, one must, on the principles set out above, answer the further and more important question of liability for loss of

est illustrée dans l'arrêt *Performance Cars Ltd. v. Abraham*, [1962] 1 Q.B. 33, puisque, comme dans les affaires de navigation, la question portait sur des dommages matériels. Dans cette affaire, une automobile avait subi deux collisions. Le dommage occasionné était léger, mais la première collision avait nécessité l'application d'une nouvelle peinture sur toute la partie inférieure de l'automobile. Comme le demandeur ne pouvait récupérer de l'auteur du premier délit la somme nécessaire pour la nouvelle peinture, il a soutenu que, puisque les dommages causés par le deuxième auteur de délit auraient en eux-mêmes nécessité l'application d'une nouvelle peinture, il pouvait exiger de l'auteur du deuxième délit le remboursement de ces frais. Lord Evershed, maître des rôles, s'est fondé en partie sur le raisonnement des arrêts *The Carslogie* et *The Haversham Grange* pour arriver à sa conclusion. À la page 40, il conclut comme suit:

[TRADUCTION] À mon avis, en l'espèce, on doit considérer que le défendeur a endommagé une automobile qui était déjà, à certains égards (c.-à-d. en ce qui a trait au besoin d'une nouvelle peinture), endommagée; de sorte que dans la mesure de ce besoin ou de ce préjudice, les dommages revendiqués ne découlaient pas du délit du défendeur. [Je souligne.]

Même si, en l'espèce, le litige ne porte pas sur le coût des réparations, j'ai mentionné cet arrêt pour illustrer ce qui, à mon avis, constitue un contexte plus approprié pour une utilisation significative des principes dégagés dans les affaires de navigation. La conclusion à laquelle est arrivé le maître des rôles lord Evershed est également utile dans la recherche d'une solution de principe en l'espèce.

Il y a lieu maintenant de statuer sur ce pourvoi. Comme j'espère l'avoir clairement démontré, les deux arrêts de principe, *The Haversham Grange* et *The Carslogie*, peuvent se concilier et permettre une solution éclairée du point en litige dans le présent pourvoi. Le résultat qui s'impose est que le *Lake Winnipeg*, seul responsable du premier incident qui a nécessité 27 jours d'arrêt en cale sèche, est entièrement responsable de la perte de profits découlant de cet arrêt. Il ne suffit pas, en l'espèce, de déterminer simplement que le dommage causé par le deuxième incident a été une cause de l'arrêt. Nonobstant une réponse affirmative à cette question, il faut, compte tenu des principes ci-dessus, répondre à la question

profit. While the second incident caused time in dry dock it did not have as a consequence any loss of profit. This conclusion is necessitated both on principle and on the clear reasons on this point offered by the House of Lords. The profit-making enterprise was brought to a halt by the meeting with the *Lake Winnipeg*. Repairs due to the second incident were completed within the 27 days detention required by the first incident. The second incident did not therefore, have as a consequence a diminution in profit-earning. Thus this further question in the determination of liability must be answered in the negative.

As was made clear above, the nature of the second casualty, be it tortious or otherwise, is irrelevant in this determination. It does not seem useful then, in focussing on the nature of the second incident, to characterize this case as a *Carslogie*-type case as does my colleague McLachlin J., at p. 31 of her reasons:

*The Carslogie*, unlike *The Haversham Grange* but like the case at bar, was a case where the intervening event was not the act of another tortfeasor.

Such a characterization has little place in what is, in my respectful opinion, the proper analytical framework. At page 31 of his factum the appellant states:

. . . if the first casualty directly prevented the vessel from continuing her profit-making venture and the length of the period of repairs arising from the first casualty exceeded that of any repairs resulting from any other cause, such as a second accident, then the detention and dry docking expenses fall upon the party responsible for the first accident, whether the second accident was caused by the fault of the ship owner, the fault of a third party or the fault of no one, such as heavy weather.

In my opinion, the appellant has, on the facts of this case, asserted a correct proposition of law, one that commends itself to me both on the cases and on principle. On my interpretation of the case law in reach-

supplémentaire et plus importante de la responsabilité à l'égard de la perte de profits. Même si le deuxième incident a nécessité un arrêt en cale sèche, il n'a pas eu pour effet d'entraîner une perte de profits. Cette conclusion s'impose tant à la lumière des principes que des motifs clairs donnés sur ce point par la Chambre des lords. L'entreprise lucrative a été interrompue par suite de la rencontre avec le *Lake Winnipeg*. Les réparations attribuables au deuxième incident ont été effectuées à l'intérieur de l'arrêt de 27 jours nécessité par le premier incident. Le deuxième incident n'a donc pas eu pour conséquence d'entraîner une perte de profits. Il faut donc répondre par la négative à cette question supplémentaire quant à la responsabilité.

Comme je l'ai précisé plus haut, la nature du deuxième sinistre, qu'il soit délictuel ou autre, n'est pas pertinente à cette détermination. Il ne semble donc pas utile, dans l'examen de la nature du deuxième incident, de qualifier la présente affaire comme une affaire du type *Carslogie*, comme le fait ma collègue le juge McLachlin, à la p. 31 de ses motifs:

Contrairement à l'arrêt *The Haversham Grange*, mais comme en l'espèce, l'événement intermédiaire dans l'arrêt *The Carslogie* n'était pas le fait d'un autre auteur de délit.

Il y a peu de place pour une telle qualification si, comme je le crois respectueusement, on utilise le cadre d'analyse approprié. À la page 31 de son mémoire, l'appellant déclare:

[TRADUCTION] . . . si le premier sinistre a empêché directement le navire de poursuivre son entreprise lucrative et que la durée de la période de réparation découlant du premier sinistre a excédé celle de toute autre réparation découlant d'une autre cause, comme un deuxième accident, alors l'arrêt et les dépenses liés à la cale sèche sont à la charge de la partie qui est responsable du premier accident, peu importe que le deuxième accident ait été causé par la faute du propriétaire du navire, par la faute d'un tiers ou sans la faute de qui que ce soit, comme en cas de grosse mer.

À mon avis, au regard des faits de l'espèce, l'appellant a exposé une proposition de droit correcte qui s'impose tant eu égard à la jurisprudence qu'en principe. Compte tenu de mon interprétation de la ju-



ing a result in this case, there is no need to “conjure up explanations aimed at reconciling the disparate results in *The Haversham Grange* and *The Carslogie*”. When one adopts the view I take of the cases, in my opinion the result here is clear.

In summary, there is no causal link between the second incident and the loss of profit suffered by the owners of the *Kalliopi L*, such damage being merely coincidental. The *Lake Winnipeg* must, as a consequence bear the responsibility for the full 27 days detention in dry dock.

For the foregoing reasons, I would dismiss the cross-appeal with costs, set aside the judgment of the Court of Appeal as regards the principal appeal and restore the findings of the trial judge, the whole with costs both in the Court of Appeal and in this Court.

The reasons of Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part)—

### Introduction

This appeal involves a dispute over who should bear the losses resulting from the detention of a ship to repair the damage caused by two unrelated groundings. The respondents were found liable for the injury to the appellant’s ship that resulted from their meeting in the Brockville Narrows section of the St. Lawrence. The repair of this damage would have taken 27 days. Before the repairs were made, the ship ran aground again in an unrelated incident, and suffered damage to another section of the hull. The repair of this injury would have required that the ship be taken out of service for the disputed 14 days. Repairs to the damage arising from both incidents were made some time later in Greece. Because the repairs were effected at the same time, the total time the ship was out of operation was 27 days—the time it would have taken to repair the damage from the first mishap.

risprudence, en concluant comme je le fais, point n’est besoin «de concevoir des explications visant à concilier les résultats discordants des arrêts *The Haversham Grange* et *The Carslogie*». Si l’on adopte ma perception de ces arrêts, à mon avis, la conclusion s’impose ici d’emblée.

En bref, il n’existe aucun lien de causalité entre le deuxième incident et la perte de profits des propriétaires du *Kalliopi L*, ce dommage n’étant que pure coïncidence. Par conséquent, le *Lake Winnipeg* doit supporter seul la responsabilité intégrale de l’arrêt de 27 jours en cale sèche.

Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi incident avec dépens, j’infirmes l’arrêt de la Cour d’appel en ce qui a trait au pourvoi principal et je rétablirais le jugement du juge de première instance, le tout avec dépens tant en Cour d’appel que devant notre Cour.

Version française des motifs des juges Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie)—

### Introduction

Il s’agit en l’espèce de déterminer quelle partie devrait supporter les pertes subies par suite du retrait de service d’un navire en vue de réparer les avaries résultant de deux échouages sans rapport l’un avec l’autre. Les intimés ont été déclarés responsables des avaries subies par le navire des appelantes après que les deux navires se furent croisés dans le détroit de Brockville sur la voie maritime du Saint-Laurent. La réparation de ces avaries aurait pris 27 jours. Avant que les réparations ne soient faites, le navire s’est échoué à nouveau au cours d’un incident sans rapport avec le premier, et a subi des avaries à une autre partie de sa coque. La réparation de ces avaries aurait nécessité que le navire soit mis hors service pour la période contestée de 14 jours. La réparation des avaries découlant des deux incidents a été faite ultérieurement en Grèce. Parce que les réparations ont été faites simultanément, le navire a été hors service pendant 27 jours au total—le temps nécessaire à la réparation des avaries découlant de la première mésaventure.

The issue on the appeal is whether the defendants are liable for the loss sustained as a result of the ship's being out of commission the whole period of 27 days, or whether the defendants are entitled to have deducted the 14 days which would have been required in any event to repair the damage caused by the second incident. The trial judge awarded the plaintiffs damages against the defendants for the full 27 days. The Federal Court of Appeal deducted the 14 days from this on account of delay attributed to the second incident. The plaintiffs appeal.

The defendants cross-appeal alleging that the first incident was caused wholly or in part by the negligence of the plaintiffs.

#### Facts

The appellant, Sunrise Company Limited, is the owner of the *Kalliopi L*, a ship of approximately 16,000 tons and 585 feet. The appellant, Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd., was the agent and operator of the vessel. The respondent vessel, the *Lake Winnipeg*, is a ship of approximately 19,000 tons and 828 feet.

On June 7, 1980, the *Kalliopi L* was travelling down the St. Lawrence Seaway, in transit from Thunder Bay, through Montréal, its final destination being the Black Sea. It was carrying a cargo of rye. The *Lake Winnipeg* was travelling upbound through the Seaway. There was evidence from an independent witness to the effect that the *Lake Winnipeg* was travelling in the centre of the channel. Downbound ships have the right of way, according to the Rules passed pursuant to s. 635 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9. As required, the appellant vessel had given notice of its location at a check-point, and this information was available to the respondent vessel.

When he saw the *Lake Winnipeg* the pilot of the *Kalliopi L* gave one signal blast, thus indicating a port-to-port meeting. This signal was acknowledged by the captain of the *Lake Winnipeg* but was not acted upon. When it became apparent that the *Lake*

La question en l'espèce est de savoir si les défendeurs sont responsables de la perte subie par suite de la mise hors service du navire pendant la période totale de 27 jours, ou si les défendeurs ont droit à ce que la période de 14 jours qui aurait été de toute façon nécessaire à la réparation des avaries causées par le second incident soit déduite. Le juge de première instance a accueilli l'action en dommages-intérêts des demanderessees contre les défendeurs pour toute la période de 27 jours. La Cour d'appel fédérale a déduit 14 jours de cette période en raison du délai attribué au second incident. Les demanderessees interjettent appel.

Les défendeurs forment un pourvoi incident dans lequel ils allèguent que le premier incident résulte entièrement ou en partie de la négligence des demanderessees.

#### Les faits

L'appelante Sunrise Company Limited est propriétaire du *Kalliopi L*, un navire d'environ 16 000 tonnes et de 585 pieds de long. L'appelante, Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd., est le mandataire et l'exploitant du navire. Le navire intimé, le *Lake Winnipeg*, est un navire d'environ 19 000 tonnes et de 828 pieds de long.

Le 7 juin 1980, le *Kalliopi L* descendait la voie maritime du Saint-Laurent après avoir quitté Thunder Bay en direction de Montréal, sa destination finale étant la mer Noire. Il transportait une cargaison de seigle. Le *Lake Winnipeg* remontait la voie maritime. Dans son témoignage, un témoin indépendant a affirmé que le *Lake Winnipeg* se trouvait au centre du chenal. Conformément aux règles adoptées en application de l'art. 635 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, les navires descendants ont priorité de passage. Comme il était tenu de le faire, le navire appelant avait signalé sa position à un poste de contrôle et ces renseignements étaient accessibles au navire intimé.

Lorsqu'il a aperçu le *Lake Winnipeg*, le pilote du *Kalliopi L* a donné un coup de sifflet pour indiquer que les navires se croiseraient par bâbord. Le pilote du *Lake Winnipeg* a répondu à ce signal mais n'y a pas donné suite. Lorsqu'il est devenu clair que le

*Winnipeg* was not moving to the starboard (right) side of the channel, as it was required to do in order to avoid a collision, the pilot of the *Kalliopi L* moved further to his starboard side of the channel. As a result of being forced into the area adjacent to shore, the *Kalliopi L* became a victim of "bank suction". While trying to free itself from this interaction with the starboard (southern) bank the ship yawed across the river, ran aground on the northern side of the channel and sustained damage. The precise location at which the ship grounded was at the eastern end of Smith Island, near Brockville, Ontario. The ships met in the Brockville Narrows, an area which was described as dangerous by the trial judge, due to the channel's narrow width, a bend in the channel, a cross channel component in the current, and rocks. Visibility that day was excellent. While proceeding upbound to an anchorage area, the *Kalliopi L* sustained damages in a second grounding. The respondents were not involved in this incident.

The ship, while damaged by these two incidents, remained capable of making its planned, projected journey with its cargo across the Atlantic. After being unloaded, it was repaired in Greece. The total time for all repairs was 27 days —the amount of time it would have taken to repair the damage arising from the first incident alone. Fourteen days of this period was also used for the repair of damage arising from the second incident. During this time, the owners incurred costs of dry docking the ship and suffered a loss of earning capacity. The allocation of these consequential losses is the subject of this appeal.

#### Judgments Below

*Federal Court of Canada, Trial Division (Cullen J.)*

The trial judge held that the *Lake Winnipeg* had every opportunity to avoid problems because it had warning of the presence of the *Kalliopi L* and it could have calculated how to avoid meeting in the Brockville Narrows. He held that the appellants were not in any way negligent in the situation and that the respondents were completely responsible for the collision. Having so held, he considered it unnecessary

*Lake Winnipeg* ne virait pas à tribord (le côté droit du chenal), comme il était tenu de le faire pour éviter l'abordage, le pilote du *Kalliopi L* a déporté à tribord, son côté droit du chenal. Parce qu'il a été obligé de se déplacer dans la zone adjacente à la berge, le *Kalliopi L* a été victime d'une «suction de la berge». En voulant se libérer de ce mouvement en direction de la rive droite (méridionale), le navire a dévié en travers du fleuve, s'est échoué du côté nord du chenal et a subi des avaries. Le navire s'est échoué précisément à l'extrémité est de l'île Smith, près de Brockville, en Ontario. Les navires se sont croisés dans le détroit de Brockville, une zone que le juge de première instance a qualifiée de dangereuse en raison de l'étroitesse du chenal, de la courbe qu'il comporte, d'un courant transversal et de rochers. La visibilité était excellente ce jour-là. Alors qu'il remontait la voie maritime jusqu'à un endroit où il pourrait mouiller, le *Kalliopi L* a subi des avaries au cours d'un second échouage. Les intimés n'ont rien eu à voir avec cet incident.

Bien qu'il ait été endommagé par suite de ces deux incidents, le navire a pu compléter sa traversée de l'Atlantique avec sa cargaison. Après avoir été déchargé, il a été réparé en Grèce. Les réparations ont pris en tout 27 jours —le temps qu'il aurait fallu pour réparer les avaries résultant du premier incident seulement. Quatorze jours de cette période ont également été utilisés pour réparer les avaries découlant du second incident. Pendant ce temps, les propriétaires ont engagé des frais de cale sèche et subi une perte de capacité de gain. La répartition de ces pertes résultantes fait l'objet de ce pourvoi.

#### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

*La Cour fédérale du Canada, Section de première instance (le juge Cullen)*

Le juge de première instance a conclu que le *Lake Winnipeg* avait eu toutes les chances d'éviter des problèmes parce qu'il avait été avisé de la présence du *Kalliopi L* et parce qu'il aurait pu se comporter de façon à éviter la rencontre dans le détroit de Brockville. Il a conclu que les appelantes n'avaient été aucunement négligentes et que les intimés étaient entièrement responsables de l'abordage. Compte tenu de cette conclusion, il a estimé qu'il n'était pas nécessaire de traiter la question du partage de la respon-

to deal with the issue of apportionment of liability under the *Canada Shipping Act*.

With regard to damages, he held:

I feel bound on the evidence to find that 27 days dry docking was required, and the damage caused by the second grounding was coincidental to the main damage caused by the first grounding. If there had been no second grounding, the 27 days would still have been required for repairs.

*Federal Court of Appeal* (Pratte, Hugessen and Desjardins JJ.)

Hugessen J. noted, for the court, that, in the absence of palpable and manifest error, an appeal court would not interfere with the findings of a trial judge. As there was evidence to support each of the findings of fact, the court declined to disturb the finding that the *Lake Winnipeg* was entirely responsible for the collision.

On the question of damages, Hugessen J. held that the trial judge erred in finding that the entire 27 days in dry dock were due to the first grounding. He cited and quoted *Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government*, [1952] A.C. 292, for the proposition that the real question to be asked in cases such as these was not whether the ship had been detained by the wrongful act of the defendant (a question which led the trial judge to conclude that the defendant must compensate for 27 days of demurrage) but rather whether, assuming that the ship was detained by the wrongful act of the defendant, damages in the amount claimed were caused by the detention. Citing *The Carslogie* and *The Oinoussian Friendship*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 258, for the rule that the plaintiff must prove that the claimed loss was one which was actually sustained as a result of the wrongful action, Hugessen J. concluded at p. 316:

Applying the rule so stated to the admitted facts of the present case, the repairs due to the second grounding were exclusively for the account of the owners of the "Kalliopi L" and were as immediately necessary as those due to the first grounding. In those circumstances, her owners cannot recover a loss of hire and related

sabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

Quant aux dommages-intérêts, il a conclu:

<sup>a</sup> La preuve m'oblige à conclure que 27 jours de cale sèche étaient nécessaires et que les dommages causés par le second échouage coïncidaient avec les dommages principaux causés par le premier échouage. S'il n'y avait pas eu le second échouage, il aurait quand même fallu 27 jours pour les réparations.

*La Cour d'appel fédérale* (les juges Pratte, Hugessen et Desjardins)

<sup>c</sup> Le juge Hugessen a souligné, au nom de la cour, qu'en l'absence d'une erreur manifeste une cour d'appel ne modifie pas les constatations d'un juge de première instance. Puisque des éléments de preuve étaient chaque conclusion de fait, la cour a refusé de modifier la décision que le *Lake Winnipeg* était entièrement responsable de l'abordage.

<sup>e</sup> Sur la question des dommages-intérêts, le juge Hugessen a conclu que le juge de première instance a commis une erreur en décidant que la période complète de 27 jours passée en cale sèche était attribuable au premier échouage. Il a cité l'arrêt *Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government*, [1952] A.C. 292, pour établir que la véritable question dans de tels cas n'est pas de savoir si le navire a été arrêté en raison de l'acte délictuel du défendeur (une question qui a amené le juge de première instance à conclure que le défendeur doit verser une indemnité équivalente à 27 jours de surestaries) mais plutôt de savoir, en supposant que le navire a été arrêté en raison de l'acte délictuel du défendeur, si les dommages se chiffrant au montant réclamé ont été causés par l'arrêt. Citant les arrêts *The Carslogie* et *The Oinoussian Friendship*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 258, au sujet de la règle selon laquelle le demandeur doit établir que la perte réclamée a été réellement subie par suite de l'acte délictuel, le juge Hugessen a conclu à la p. 316:

[TRADUCTION] Si l'on applique la règle ainsi énoncée aux faits admis de l'espèce, les réparations dues au second échouage ont été exclusivement faites pour le compte des armateurs du «Kalliopi L» et étaient aussi urgentes que celles qui étaient imputables au premier échouage. Dans ces circonstances, les armateurs du na-

damages for the fourteen days during which the ship would not have been a profit-making machine even if the first grounding had not taken place.

### Issues

1. *Sunrise Company Limited v. The Lake Winnipeg*—Whether the defendants are liable for damages for the loss of use of the plaintiff's vessel for the full period of detention, without deduction for the 14 days the vessel would have been detained in any event for the repair of damages arising from a second, unrelated incident.

2. *Lake Winnipeg v. Sunrise Company Limited* — Whether the trial judge was palpably wrong in concluding that the first incident was caused solely by the negligence of the defendant.

### The Appeal — Issue 1: Allocation of Damages

#### *The Question*

As in so many cases, the question posed on this appeal dictates, at least in part, the response. The submissions of the parties reveal that they view the case as posing two quite different questions.

The plaintiffs argue that having established that the defendants damaged their ship and that repair of that damage required 27 days in dry dock when the ship could not earn profits, they are entitled to damages for the whole of the 27 days, regardless of intervening damage which may have been repaired at the same time. This argument presupposes that the question for the Court is the following: was the ship detained by the wrongful act of the defendants? If the answer to this question is yes, the plaintiffs, in their submission, should recover damages for the full term of detention.

vire ne peuvent obtenir de dommages-intérêts pour leur manque à gagner ni de dommages-intérêts connexes pour les quatorze jours pendant lesquels le navire n'aurait pas constitué une machine lucrative même si le premier échouage n'avait pas eu lieu.

### Les questions en litige

1. *Sunrise Company Limited c. Le Lake Winnipeg*—Les défendeurs sont-ils responsables des dommages résultant de la perte d'utilisation du navire de la demanderesse pour toute la période d'arrêt, sans déduction de la période de 14 jours pendant laquelle le navire aurait été de toute façon arrêté pour, effectuer la réparation des dommages imputables à un second incident sans rapport avec le premier.

2. *Lake Winnipeg c. Sunrise Company Limited*—Le juge de première instance a-t-il commis une erreur manifeste en concluant que le premier incident était attribuable à la seule négligence du défendeur?

### Le pourvoi — Question 1: La répartition des dommages-intérêts

#### *La question*

Comme il arrive très souvent, la question posée dans ce pourvoi prescrit, du moins en partie, sa réponse. Les arguments des parties font ressortir qu'elles considèrent que le litige soulève deux questions très différentes.

Les demandereses prétendent qu'après avoir établi que les défendeurs ont causé des avaries à leur navire et que les réparations ont nécessité 27 jours de cale sèche au cours desquels le navire n'a pas pu faire de profits, elles ont droit à des dommages-intérêts pour toute la période de 27 jours, sans égard aux autres avaries qui ont pu être réparées durant la même période. Cet argument presuppose que la question posée à la Cour est la suivante: le navire a-t-il été arrêté en raison de l'acte délictuel des défendeurs? En cas de réponse affirmative à cette question, les demandereses prétendent qu'elles devraient avoir droit à des dommages-intérêts pour toute la durée de l'arrêt.

The defendants argue that the 14 days that the ship would have been in dry dock anyway due to the second accident must be deducted from the total of 27 days in calculating damages. Implicit in this position is the assertion that the plaintiffs must establish more than the fact that the detention was caused by the defendants' negligence in order to recover damages for the full period of detention. The plaintiffs must establish not only that the defendants' wrongful act caused the detention, but also that that act caused damages (loss of earning capacity) in the amount claimed. Thus put, the question is whether the damages claimed (as opposed to the detention) were caused by the defendants' negligence. The answer to this question, the defendants say, is negative. Since the damages are for loss of earning capacity, i.e., the use of the ship as a money-making machine, damages can be awarded only for the amount of time which the ship would have been making money but for the defendants' negligence. That period, the defendants argue, is only 13 days, since for 14 days of the 27 days of detention the ship was laid up in any event due to other causes.

The Federal Court of Appeal based its analysis on the conclusion that the proper question to ask was the second question. The trial judge erred, it concluded, in asking only the first question.

I agree with the Court of Appeal as to the question before the Court. The matter was considered by the House of Lords in *The Carslogie* in terms that have never been departed from. I reproduce a portion of that case relied on by the Court of Appeal, complete with the emphasis Hugessen J. added (at p. 315):

. . . damages are payable for the detention of a ship because she is 'a profit-earning machine'. If she ceases to be a profit-earning machine it follows that she can sustain no damage from being detained until she again becomes capable of earning profit. In other words, it is not enough to consider whether the ship was detained by the wrongful act of the defendant. It is essential to consider whether damages were caused to the plaintiff by reason of such detention. So considered, it will be seen that the

Les défendeurs prétendent que la période de 14 jours au cours de laquelle le navire aurait été de toute façon en cale sèche en raison du second accident doit être déduite du total de 27 jours dans le calcul des dommages-intérêts. Cet argument comporte implicitement l'assertion qu'il ne suffit pas que les demanderesse établissent que l'arrêt est dû à la négligence des défendeurs pour obtenir des dommages-intérêts pour toute la durée de l'arrêt. Les demanderesses doivent établir non seulement que l'acte délictuel des défendeurs a entraîné l'arrêt, mais encore que cet acte a causé des dommages (perte de la capacité de gain) selon le montant réclamé. Ainsi formulée, la question est de savoir si les dommages réclamés (par opposition à l'arrêt) ont été causés par la négligence des défendeurs. Ces derniers affirment que la réponse à cette question est négative. Puisque les dommages se rapportent à la perte de capacité de gain, c'est-à-dire à l'utilisation du navire comme machine lucrative, des dommages-intérêts ne peuvent être accordés que pour la période au cours de laquelle le navire aurait été lucratif n'eût été la négligence des défendeurs. Les défendeurs prétendent que cette période n'est que de 13 jours puisque, de toute façon, pendant 14 des 27 jours d'arrêt, le navire a été désarmé pour d'autres raisons.

La Cour d'appel fédérale a fondé son analyse sur la conclusion que la bonne question à poser était la seconde. Elle a conclu que le juge de première instance a commis une erreur en ne posant que la première question.

Je partage l'avis de la Cour d'appel quant à la question posée à la Cour. La Chambre des lords a examiné cette question dans l'arrêt *The Carslogie* en des termes dont on ne s'est jamais écarté depuis. Je reproduis un extrait de l'arrêt sur lequel se fonde la Cour d'appel avec les soulignements que le juge Hugessen a ajoutés (à la p. 315):

[TRADUCTION] . . . l'arrêt d'un navire donne ouverture au paiement de dommages-intérêts parce que le navire est une «machine lucrative». S'il cesse d'être une machine lucrative, il s'ensuit que son arrêt ne peut lui causer aucun dommage jusqu'à ce qu'il devienne à nouveau capable de procurer des profits. En d'autres mots, il ne suffit pas de se demander si l'arrêt du navire est imputable à l'acte délictuel du défendeur. Il est essentiel d'examiner si les dommages ont été causés au deman-

problem is not solved by answering the questions: 'Was the ship detained and if so what was the cause of her detention?' It is essential to answer the further question: 'Assuming that she was detained and assuming that she was detained by the wrongful act of the defendant, did the plaintiffs sustain damages as a result of that detention?' [Emphasis in original.]

It is thus clear that the question is not merely whether the detention was caused by the defendants' act, but whether the damage (loss of use of the ship as a profit-making machine) has been established to be caused by that act.

### *The Applicable Legal Principles*

In this portion of my judgment I review the authorities and legal principles with a view to ascertaining what rule should govern the issue raised by this appeal. It will be my conclusion that the authorities (largely English), in so far as they bear on the particular question before us, are impossible to reconcile entirely when viewed in terms of their results. Thus, it is impossible to attempt to apply this case or that case in rote fashion to the issue raised by this appeal. Rather, we must return to the general principles which govern the award of damages and attempt to fashion an approach which is consistent with them and which is fair and just in all the circumstances.

The cases on the question of when the liability of tortfeasor for loss due to detention should be reduced because other repairs were done at the same time, at first glance, appear fraught with uncertainty and contradiction. Fastening on superficial aspects of the cases before them rather than fundamental principle, scholars and judges have often tied their opinions to factors such as the order in which the disabling incidents occurred, the degree of disability produced by the respective incidents and the cause of the respective incidents. The result is a welter of confused and confusing jurisprudence, a state of affairs reflected in the fact that the two leading scholars commenting on

deur en raison de cet arrêt. Lorsqu'on envisage la question sous cet angle, on voit que l'on ne résoud pas le problème en répondant à la question de savoir si le navire a été arrêté et, dans l'affirmative, quelle était la cause de cet arrêt. Il est essentiel de répondre également à la question suivante: «En supposant que le navire ait été arrêté et que cet arrêt soit imputable à l'acte délictuel du défendeur, les demandeurs ont-ils subi des dommages par suite de cet arrêt?» [Souligné dans l'original.]

Il est donc clair que la question n'est pas simplement de savoir si l'arrêt a été causé par l'acte des défendeurs, mais si on a établi que le dommage (la perte d'utilisation du navire comme machine lucrative) résulte de cet acte.

### *Les principes juridiques applicables*

Dans cette partie de mon opinion, j'examine la jurisprudence, la doctrine et les principes juridiques en vue de déterminer quelle règle devrait régir la question soulevée par ce pourvoi. Je suis d'avis de conclure que les décisions (en majeure partie anglaises), dans la mesure où elles portent sur la question particulière dont nous sommes saisis, ne peuvent être entièrement conciliées sur le plan de leurs résultats. Il est donc impossible de tenter d'appliquer machinalement une décision ou l'autre à la question que soulève ce pourvoi. Nous devons plutôt nous en remettre aux principes généraux qui régissent l'attribution de dommages-intérêts et tenter de formuler une méthode qui soit compatible avec ces règles et qui soit équitable et juste dans toutes les circonstances.

À première vue, les décisions sur la question de savoir quand la responsabilité de l'auteur d'un délit pour les pertes dues à un arrêt devrait être réduite parce que d'autres réparations ont été effectuées au même moment semblent empreintes d'incertitude et de contradictions. S'appuyant sur des aspects superficiels des cas qui leur étaient présentés plutôt que sur des principes fondamentaux, les auteurs et les juges ont souvent fondé leurs opinions sur des facteurs comme l'ordre dans lequel se sont produits les incidents qui ont paralysé le fonctionnement du navire, le degré de paralysie produit par les incidents respectifs et la cause de chacun de ces incidents. Il en résulte une masse de jurisprudence confuse et déroutante, un état de choses qui se reflète dans le fait que deux auteurs éminents qui l'ont commenté arrivent à des con-

it arrive at different conclusions as to the rules applicable to this case.

McGuffie, in *The Law of Collisions at Sea* (1961), at pp. 397-98, sets out the following rule:

. . . it is necessary to effect collision repairs and it is also necessary at that time to effect owner's repairs, for example, in respect of heavy-weather damage, breakdown of engines, loss of propeller, etc., the owner must bear the detention, so far as not increased by the collision repairs.

McGregor, *McGregor on Damages* (15th ed. 1988), at p. 788, on the other hand, interprets the same cases relied upon by McGuffie as authority for the proposition that the cause of unseaworthiness that arises first in time must bear the cost of the detention:

It would therefore seem clear that even where only one casualty is caused tortiously and the other without liability upon anyone, as by heavy weather, the dock expenses and loss of profits will be attributable solely to the casualty first in time. If that is the casualty caused by the tortfeasor he will be wholly liable, but if it is the casualty caused by the heavy weather the plaintiff will have no redress.

On closer examination, however, it will be seen that virtually all the authorities adhere to the same fundamental principles—principles moreover which are generally applicable to the assessment of damages.

Perhaps the most fundamental principle governing the assessment of damages in tort is the rule that the purpose of the damages is to restore the plaintiff to the position it would have been in had the tort not occurred—*restitutio in integrum*. Damages are to be full and complete, but at the same time, the plaintiff is not entitled to compensation in excess of the actual loss which he has established to have been caused by the tort. This principle was affirmed as fundamental in *The Carslogie*.

clusions différentes quant aux règles applicables dans ce cas.

McGuffie, dans *The Law of Collisions at Sea* (1961), aux pp. 397 et 398, formule la règle suivante:

[TRADUCTION] . . . il est nécessaire d'effectuer les réparations dues à l'abordage et il est également nécessaire en même temps d'effectuer les réparations du propriétaire, par exemple, nécessitées par le gros temps, les pannes de machines, la perte d'une hélice, etc., le propriétaire doit supporter l'arrêt du navire dans la mesure où sa durée n'est pas prolongée par les réparations résultant de l'abordage.

D'autre part, McGregor, *McGregor on Damages* (15<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 788, interprète les mêmes décisions invoquées par McGuffie à l'appui de l'affirmation que la première cause, par ordre chronologique, de l'état de non-navigabilité doit supporter le coût de l'arrêt:

[TRADUCTION] Il semblerait donc clair que même lorsqu'un seul sinistre est causé par un acte délictuel et que l'autre ne résulte de la responsabilité de personne, comme dans le cas de gros temps, les frais de mise en cale sèche et la perte de profits seront attribuables exclusivement au sinistre qui survient le premier dans le temps. Si ce sinistre est causé par l'auteur du délit, ce dernier est entièrement responsable, mais si le sinistre est causé par le gros temps, le demandeur ne bénéficie d'aucun redressement.

Un examen plus minutieux révèle cependant que presque toute la jurisprudence adopte les mêmes principes fondamentaux—des principes qui en outre sont généralement applicables à l'évaluation des dommages-intérêts.

Le principe qui est peut-être le plus fondamental dans l'évaluation des dommages-intérêts en matière délictuelle est la règle portant que les dommages-intérêts ont pour objet de replacer le demandeur dans la situation où il aurait été en l'absence du délit—*restitutio in integrum*. Le demandeur a le droit d'être indemnisé intégralement, mais en même temps il ne peut être indemnisé au-delà de la perte réelle dont il a établi qu'elle a été causée par le délit. L'arrêt *The Carslogie* reconnaît le caractère fondamental de ce principe.



A number of subsidiary principles flow from the fundamental maxim of *restitutio in integrum*. The first is the proposition that the onus is on the plaintiff to prove its loss, including the amount of damage it has suffered. As Viscount Jowitt put it in *The Carslogie*, at p. 300:

My Lords, at the outset I think it is well to bear in mind the elementary principle that it is for the plaintiff in an action of damages to prove his case to the satisfaction of the court. He has to show affirmatively that damages under any particular head have resulted from the wrongful act of the defendant, before he can recover those damages. This principle applies to maritime collisions as much as it does to collisions on land.

The second subsidiary principle which must be underlined is inherent in the first. It is the fundamental requirement that the loss must be causally connected with the defendant's wrongful act before damages for it can be awarded.

A third subsidiary principle of fundamental relevance is the rule that the amount of the loss is determined not as matters existed at the time of the defendant's wrongful act, but taking into account any diminution in the loss which may have occurred between the time of that act and the trial. Referring once more to Viscount Jowitt in *The Carslogie*, at p. 300:

. . . it is well established that in considering the damages occasioned by a wrongful act all those facts which have actually happened down to the date of the trial must be taken into account.

The same rule applies in damages for personal injuries. Thus Lord Pearson stated in *Baker v. Willoughby*, [1969] 3 All E.R. 1528, at p. 1535:

The original accident caused what may be called a "devaluation" of the plaintiff, in the sense that it produced a general reduction of his capacity to do things, to earn money and to enjoy life. For that devaluation the original tortfeasor should be and remain responsible to the full extent, unless before the assessment of the damages

Un certain nombre de principes subsidiaires découlent de la maxime fondamentale *restitutio in integrum*. Le premier porte qu'il incombe au demandeur d'établir sa perte, y compris le montant des dommages qu'il a subis. Comme le vicomte Jowitt l'a dit dans l'arrêt *The Carslogie*, à la p. 300:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, pour commencer, je crois qu'il convient de se rappeler le principe élémentaire suivant lequel, dans une action en dommages-intérêts, c'est au demandeur qu'il incombe de faire la preuve de ses prétentions à la satisfaction de la cour. Il doit démontrer de façon affirmative que les dommages-intérêts réclamés sous un chef donné découlent de l'acte délictuel du défendeur, avant de pouvoir obtenir les dommages-intérêts en question. Ce principe s'applique autant aux abordages maritimes qu'aux collisions qui se produisent sur la terre ferme.

Le deuxième principe subsidiaire qu'il faut souligner est inhérent au premier. Il s'agit de l'exigence fondamentale d'un lien de causalité entre la perte et l'acte délictuel du défendeur pour que des dommages-intérêts puissent être accordés à ce sujet.

Un troisième principe subsidiaire mais d'importance fondamentale est la règle portant que le montant de la perte doit être non pas déterminé en fonction de la situation telle qu'il existait à l'époque de l'acte délictuel du défendeur, mais qu'il faut tenir compte de toute diminution de la perte qui a pu survenir entre cet acte et le procès. Citant une fois de plus le vicomte Jowitt dans l'arrêt *The Carslogie*, à la p. 300:

[TRADUCTION] . . . il est bien établi que lorsqu'on examine les dommages occasionnés par un acte délictuel, il faut tenir compte de tous les faits qui se sont effectivement produits jusqu'à la date du procès.

La même règle s'applique dans les cas de dommages-intérêts pour lésions corporelles. Ainsi, lord Pearson a affirmé dans l'arrêt *Baker v. Willoughby*, [1969] 3 All E.R. 1528, à la p. 1535:

[TRADUCTION] L'accident initial a causé ce qu'on peut appeler une «perte de valeur» du demandeur, en ce sens qu'il a généralement réduit sa capacité de fonctionner, de gagner de l'argent et de profiter de la vie. Pour cette perte de valeur, l'auteur du délit initial devrait être et demeure responsable intégralement, à moins qu'avant

something has happened which . . . diminishes the devaluation. . . . [Emphasis added.]

l'évaluation des dommages quelque chose ne se soit produit qui [. . .] diminue la perte de valeur . . . [Je souligne.]

These are the main principles upon which the assessment of damages depends in a case such as this. Other propositions may figure collaterally. For example, it has often been observed that the mere fact that a plaintiff gains some advantage from a tortfeasor's act does not automatically give rise to a right of contribution: see, for example, Lord Halsbury in *Ruabon Steamship Company v. London Assurance* (1899), 9 Asp. M.C. (N.S.) 2 (H.L.), at p. 4. But this presupposes that a legitimate claim to damages has been established on the principles set out above. Another proposition referred to in argument is the maxim that a defendant takes its victim as it finds it. That proposition however has no application where the cause said to diminish the loss occurs after the defendant's act, as in this case.

<sup>a</sup> Ce sont là les principaux principes en fonction desquels l'évaluation des dommages doit se faire dans un cas comme celui-ci. D'autres propositions peuvent se présenter de manière accessoire. Par exemple, on a souvent fait remarquer que le simple fait qu'un demandeur tire un certain avantage de l'acte de l'auteur d'un délit ne donne pas automatiquement lieu à un droit de contribution: voir, par exemple, lord Halsbury dans *Ruabon Steamship Company v. London Assurance* (1899), 9 Asp. M.C. (N.S.) 2 (H.L.), à la p. 4. Mais cela présuppose qu'on a d'abord fait la preuve d'une réclamation légitime de dommages-intérêts selon les principes établis précédemment. Une autre proposition mentionnée au cours de l'argumentation est la maxime qu'un défendeur prend sa victime dans l'état où il la trouve. Cette proposition ne s'applique cependant pas lorsque la cause qui, dit-on, réduit la perte survient après l'acte du défendeur, comme en l'espèce.

The cases dealing with the award of damages in cases similar to ours generally reflect these principles and propositions, although some may seem difficult to reconcile on their facts.

<sup>e</sup> Les décisions qui portent sur l'attribution de dommages-intérêts dans des cas semblables à celui-ci reflètent généralement ces principes et ces propositions, bien que certaines semblent difficile à concilier d'après leurs faits.

I begin with the two leading English cases, *The Haversham Grange*, [1905] P. 307, and *The Carslogie*. They are inconsistent not only with each other, but, in the case of *The Haversham Grange*, internally inconsistent.

<sup>f</sup> J'examine d'abord les deux arrêts de principe anglais, l'arrêt *The Haversham Grange*, [1905] P. 307, et l'arrêt *The Carslogie*. Ces arrêts sont non seulement incompatibles l'un avec l'autre, mais l'arrêt *The Haversham Grange* est contradictoire en soi.

In *The Haversham Grange*, the Court of Appeal was faced with the question of how to allocate loss between two successive wrong-doers. The plaintiff ship, the *Maureen*, was first struck by the *Caravellas*, the resulting damage requiring that the ship be dry docked for 22 days for repairs. The following day the *Maureen* was hit by the *Haversham Grange* and suffered damage that would require six days in the dry dock to repair. Both repairs were completed concurrently, with the damage resulting from the second incident being completed prior to that arising out of the first incident.

<sup>g</sup> Dans l'arrêt *The Haversham Grange*, la Cour d'appel devait se prononcer sur la répartition de la perte entre deux auteurs de délits successifs. Le navire demandeur, le *Maureen*, a d'abord été abordé par le *Caravellas*, les avaries qui ont résulté nécessitant 22 jours de réparation en cale sèche. Le lendemain, le *Maureen* a été abordé par le *Haversham Grange* et a subi des avaries nécessitant six jours de réparation en cale sèche. Toutes ces réparations ont été effectuées simultanément, les réparations consécutives au second incident étant terminées avant celles résultant du premier.

The Registrar allowed the claims against the *Haversham Grange*, holding that it must contribute to the loss notwithstanding that its wrongful act occurred after another's wrongful act which would have entailed all the charged. The owners of the *Haversham Grange* appealed. Counsel for the *Maureen Grange* argued that since the injury caused by the *Haversham Grange* necessitated the dry docking of the ship that it should share in the costs incurred in placing the ship in the dock. The contrary argument, namely that the second accident produced no additional expenses in this respect was advanced on behalf of the *Haversham Grange* but was rejected by the Court of Appeal which, at p. 313 *per* Collins M.R., noted:

What ought to be taken as the cost of repairing the damage done by the wrong-doer? . . . In this particular case the ship was put into dock for the purpose of effecting the repairs, and the right of the shipowner was to recover against each of the tortfeasors all the costs attributable to the wrong committed by him . . . the result of the two wrongs together was that the ship had to go into dock, and the whole mischief was repaired[.] A sum had to be done to ascertain what the total cost of all the mischief was, and to apportion between the two delinquents the particular part of the cost attributable to the wrong caused by each of them. . . .

Collins M.R. then cited at p. 314, *The Vancouver (Marine Insurance Co. v. China Transpacific Steamship Co.* (1886), 11 App. Cas. 573), and quoted his decision in *Ruabon Steamship Company v. London Assurance*, [1898] 1 Q.B. 722 (C.A.), at p. 732, for the following principle that was applicable to the question of apportionment:

I think the principle of that [the *Vancouver*] case is that, where repairs in respect of damage for which underwriters are liable have been executed simultaneously with repairs as to which the owner is uninsured, and an expense has been incurred which would have been necessary for either purpose alone, such expense is not to be wholly attributed to one set of repairs alone, but forms a factor in the cost of each, and must therefore be divided between them in some proportion, which *primâ facie* would be equally.

Le registraire a accueilli les réclamations contre le *Haversham Grange* en affirmant qu'il devait contribuer à la perte même si son acte délictuel s'était produit après celui d'un tiers qui aurait entraîné tous les frais. Les propriétaires du *Haversham Grange* ont interjeté appel. L'avocat du *Maureen* a soutenu que puisque le préjudice causé par le *Haversham Grange* a nécessité la mise en cale sèche du navire, le *Haversham Grange* devrait contribuer aux coûts de la mise en cale sèche du navire. L'argument contraire, savoir que le second accident n'a entraîné aucune dépense additionnelle à cet égard, a été avancé au nom du *Haversham Grange* mais la Cour d'appel l'a rejeté, le maître des rôles Collins soulignant, à la p. 313:

[TRADUCTION] Que devrait comprendre le coût de réparation des dommages causés par l'auteur d'un délit? [. . .] En l'espèce, le navire a été mis en cale sèche en vue d'effectuer les réparations et le propriétaire du navire avait le droit de réclamer contre chacun des auteurs de délit tous les coûts attribuables au délit commis par chacun [. . .] le résultat des deux délits pris ensemble est que le navire a dû être mis en cale sèche et que toutes les avaries ont été réparées. Il a fallu effectuer un calcul pour déterminer le coût total des avaries et pour répartir entre les deux auteurs de délit la part respective du coût attribuable au délit causé par chacun d'eux . . .

Le maître des rôles Collins a ensuite cité, à la p. 314, l'arrêt *The Vancouver (Marine Insurance Co. v. China Transpacific Steamship Co.* (1886), 11 App. Cas. 573), et a cité un extrait de ses motifs dans l'arrêt *Ruabon Steamship Company v. London Assurance*, [1898] 1 Q.B. 722 (C.A.), à la p. 732, pour affirmer que le principe suivant s'applique à la question de la répartition des dommages:

[TRADUCTION] Je pense que le principe de cet arrêt [l'arrêt *Vancouver*] est que lorsque des réparations concernant des dommages à l'égard desquels les assureurs sont responsables ont été effectuées en même temps que d'autres réparations à l'égard desquelles le propriétaire n'est pas assuré et qu'elles ont entraîné des frais qui auraient été nécessaires dans l'un ou l'autre cas isolément, ces frais ne doivent pas être entièrement imputés à une seule série de réparations; ils constituent plutôt un facteur du coût de chacune et doivent donc être partagés entre elles dans une proportion qui, à première vue, serait égale.

Thus it is clear that in principle the Court of Appeal in *The Haversham Grange* accepted the proposition that two tortfeasors who cause consecutive injuries to a ship which are repaired concurrently must share the resultant detention costs. However, the actual disposition of the case reflected this only in part. The Court applied an apportionment rule with respect to the dock dues and other fees for the relevant period. However, it went on to hold that the detention had not been extended by the second injury and that the first collision alone should bear the loss arising from the loss of use of the ship during detention.

*The Carslogie*, unlike *The Haversham Grange* but like the case at bar, was a case where the intervening event was not the act of another tortfeasor. The *Carslogie* had collided with and damaged the *Heimgar*. It was admitted that the *Carslogie* was solely to blame. Due to wartime conditions, it was not feasible to have the collision damage repaired in the U.K. After temporary repairs it was arranged that the *Heimgar* would sail to New York for permanent repairs. During the Atlantic crossing the ship sustained heavy-weather damage which necessitated going into dry dock for repair, quite apart from the repair of the collision damage. The repair of the collision damage took 10 days while 30 days were allocated to the repair of the damage caused by the weather. In addition, the owner took advantage of the detention to make some non-essential engine repairs.

The Court of Appeal decided that the owner of the damaged ship should be able to recover from the tortfeasor for the detention of the ship during the 10 days that was required to repair the collision damage. This decision was, however, overturned by the House of Lords.

The House of Lords set out the fundamental principles to which I earlier alluded—*restitutio in integrum* and the “elementary principle that it is for the plaintiff in an action of damages to prove his case to the satisfaction of the court”, as well as the necessity of

Il est donc clair qu'en principe la Cour d'appel dans l'arrêt *The Haversham Grange* a retenu la proposition que deux auteurs de délit qui, à tour de rôle, ont causé à un navire des avaries qui sont réparées simultanément, doivent partager les coûts d'arrêt qui en résultent. Cependant, le dispositif même de l'arrêt ne reflète cela qu'en partie. La cour a appliqué une règle de répartition quant aux frais de mise en cale sèche et aux autres droits au cours de la période pertinente. Cependant, elle a poursuivi en affirmant que la seconde avarie n'avait pas prolongé la période d'arrêt et que seul le responsable du premier abordage devrait supporter la perte découlant de la non-utilisation du navire au cours de l'arrêt.

Contrairement à l'arrêt *The Haversham Grange*, mais comme en l'espèce, l'événement intermédiaire dans l'arrêt *The Carslogie* n'était pas le fait d'un autre auteur de délit. Le *Carslogie* était entré en collision avec le *Heimgar* et l'avait endommagé. On a reconnu que seul le *Carslogie* était responsable de l'abordage. Parce qu'on se trouvait en temps de guerre, les réparations ne pouvaient pas être effectuées au Royaume-Uni. Après avoir effectué des réparations temporaires au navire, on a convenu que le *Heimgar* se rendrait à New York pour subir des réparations permanentes. Au cours de la traversée de l'Atlantique, le navire a subi des avaries en raison du gros temps qui ont nécessité sa mise en cale sèche pour qu'il soit réparé, indépendamment de la réparation des avaries consécutives à l'abordage. La réparation des avaries causées par l'abordage a pris 10 jours alors que la réparation des avaries causées par le temps ont pris 30 jours. En outre, le propriétaire a profité de l'arrêt du navire pour faire subir aux machines des réparations non essentielles.

La Cour d'appel a décidé que le propriétaire du navire endommagé devrait pouvoir réclamer à l'auteur du délit les frais d'arrêt du navire au cours des 10 jours nécessaires à la réparation des avaries causées par l'abordage. La Chambre des lords a cependant infirmé cette décision.

La Chambre des lords a formulé les principes fondamentaux dont j'ai déjà parlé: *restitutio in integrum* et le [TRADUCTION] «principe élémentaire suivant lequel, dans une action en dommages-intérêts, c'est au demandeur qu'il incombe de faire la preuve de ses

considering not only “. . . whether the ship was detained by the wrongful act of the defendant,” but “whether damages were caused to the plaintiff by reason of such detention”, viewing the ship as a profit-making machine.

Viscount Jowitt went on, at p. 301, to reason that the plaintiff had not proved that the defendant had caused any loss arising from the detention of the ship because the second intervening cause of the detention, the weather-damage, would have required detention for the total period of detention in any event.

Still the fact remains that when she entered the dock at New York she was not a profit-earning machine by reason of the heavy-weather damage which had rendered her unseaworthy. If there had been no collision she would have been detained in dock for 30 days to repair this damage. I cannot see that her owners sustained any damages in the nature of demurrage by reason of the fact that for 10 days out of the 30 she was also undergoing repairs in respect of the collision.

Viscount Jowitt noted that the non-essential repairs to the engines of the ship would not, in the absence of the heavy-weather damage, have served to bar the owner from recovering damages for the ten-day period during which the collision damage was being repaired. A number of authorities were cited for the proposition that while elective procedures performed during the repair of collision damage would not reduce the liability of the tortfeasor, necessary repairs to other elements of the ship would serve as a bar to recovery for the time of detention.

To this point, the decision is clear. The plaintiff must prove that the defendant's act, viewed at the time of trial, caused the loss claimed as a result of removing it from use as a profit-earning machine. If an intervening event would have precluded the ship's use as a profit-earning machine during the relevant

prétentions à la satisfaction de la cour», ainsi que la nécessité de se demander non seulement «. . . si l'arrêt du navire est imputable à l'acte délictuel du défendeur», mais «si les dommages ont été causés au demandeur en raison de cet arrêt», considérant le navire comme une machine lucrative.

Le vicomte Jowitt a ensuite expliqué, à la p. 301, que le demandeur n'avait pas établi que le défendeur avait été à l'origine d'une perte résultant de l'arrêt du navire parce que la seconde cause de l'arrêt, les avaries causées par le temps, auraient de toute façon nécessité l'arrêt du navire pendant la durée totale de l'arrêt.

[TRADUCTION] Il n'en demeure pas moins que lorsqu'il est arrivé au port de New York, le navire n'était pas une machine lucrative, en raison des dommages que lui avait causé le gros temps et qui l'avaient rendu non navigable. S'il n'y avait pas eu d'abordage, il aurait été retenu en cale sèche pendant 30 jours pour que l'on répare ces dommages. À mon avis, ses propriétaires n'ont subi aucun dommage de la nature de surestaries en raison du fait que, pendant 10 des 30 jours en question, le navire était également en réparation pour les dommages imputables à l'abordage.

Le vicomte Jowitt a souligné que les réparations non essentielles aux machines du navire n'auraient pu, en l'absence des avaries causées par le gros temps, empêcher le propriétaire de réclamer des dommages-intérêts pour la période de dix jours au cours de laquelle les avaries imputables à l'abordage étaient réparées. Plusieurs décisions et d'ouvrages de doctrine ont été cités à l'appui de la proposition selon laquelle, bien que des procédures facultatives exécutées au cours de la réparation des avaries imputables à l'abordage ne réduiraient pas la responsabilité de l'auteur du délit, les réparations nécessaires apportées à d'autres éléments du navire empêcheraient le propriétaire de faire une réclamation pour la période d'arrêt.

Jusqu'ici, la décision est claire. Le demandeur doit établir que l'acte du défendeur, considéré à l'époque du procès, a causé la perte réclamée par suite de l'impossibilité d'utiliser le navire comme une machine lucrative. Si un événement intermédiaire avait empêché l'utilisation du navire comme machine lu-

period, then the claim has not been proved and the plaintiff fails.

It is in the *obiter* comments on *The Haversham Grange* that inconsistency appears. Viscount Jowitt noted that while the Court of Appeal in *The Haversham Grange* case had apportioned the dock dues between the two wrongdoers, the losses arising out of the delay were attributed solely to the first wrongdoer as the ship was already incapacitated at the time of the second collision. Pointing out that there can be no logical distinction between the claim for damages for delay and for dock dues, he opined that the decision of the Court of Appeal attributing the liability for the full value of the delay to the first tortfeasor was correct. It is hard to reconcile this opinion with the conclusion in *The Carslogie* that the plaintiff's claim should be reduced to the extent of the delay caused by the intervening damage.

There is little to be gained by attempting to conjure up explanations aimed at reconciling the disparate results in *The Haversham Grange* and *The Carslogie*. It is more profitable to focus on the statements of principle found in the two cases. The plaintiff must prove that the loss of use of the ship as a profit-earning machine was caused by the defendant's acts. In looking at this question, the court is not confined to the time of the first accident but must consider intervening causes. Both cases accept that the result of applying these principles is that the plaintiff's claim may be reduced to the extent that the loss of use is found due to an intervening cause unrelated to the defendant's act.

*The Haversham Grange* and *The Carslogie*, whatever the difficulties of discerning their ratios on the facts and actual decisions, recognize the propriety of taking into account successive and concurrent causes of the detention in calculating losses arising from detention. They may be distinguished from another class of cases where that approach is rejected. These are cases holding that where a ship is damaged by a tortfeasor and the owner takes advantage of the

crative au cours de la période pertinente, alors le demandeur n'aurait pas établi la réclamation et il serait débouté.

C'est dans les remarques incidentes de l'arrêt *The Haversham Grange* que les contradictions ressortent. Le vicomte Jowitt a souligné que bien que la Cour d'appel dans l'arrêt *The Haversham Grange* ait réparti les frais de mise en cale sèche entre les deux auteurs de délit, les pertes résultant du délai ont été attribuées uniquement au premier auteur de délit parce que le navire n'était déjà plus en état de naviguer en toute sécurité à l'époque du second abordage. Soulignant qu'il ne peut y avoir de distinction logique entre la réclamation de dommages-intérêts pour le délai et pour les frais de mise en cale sèche, il a exprimé l'opinion que la Cour d'appel avait eu raison d'attribuer à l'auteur du premier délit la responsabilité de toute la valeur du délai. Il est difficile de concilier cette opinion avec la conclusion de l'arrêt *The Carslogie* portant que la réclamation du demandeur devrait être réduite dans la mesure du délai attribuable à l'événement intermédiaire.

Il n'est guère utile de tenter de concevoir des explications visant à concilier les résultats discordants des arrêts *The Haversham Grange* et *The Carslogie*. Il est plus profitable de se pencher sur les déclarations de principe des deux arrêts. Le demandeur doit établir que la perte d'utilisation du navire comme machine lucrative a été causée par les actes du défendeur. En examinant cette question, la cour n'est pas restreinte à l'époque du premier accident, et doit tenir compte des causes intermédiaires. Les deux arrêts reconnaissent que l'application de ces principes a pour résultat que la réclamation du demandeur peut être réduite dans la mesure où la perte d'utilisation dépend d'une cause intermédiaire qui n'a aucun lien avec l'acte du défendeur.

Les arrêts *The Haversham Grange* et *The Carslogie*, même s'il est difficile de discerner leur raison déterminante d'après les faits et les décisions rendues, reconnaissent qu'il est approprié de tenir compte des causes successives et concurrentes de l'arrêt pour calculer les pertes résultant de cet arrêt. On peut les distinguer d'une autre catégorie de décisions où ce point de vue est rejeté. Il s'agit de décisions où les tribunaux ont conclu que lorsqu'un na-

time the ship is incapacitated to effect these repairs to have other optional work done, that need not be brought into account. Many of the cases relied on by the appellant fall in this category: see *The Ruabon, supra*; *The Acanthus*, [1902] P. 17; *The Chekiang*, [1926] A.C. 637; *The Ferdinand Retzlaff*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 120, and *The Oinoussian Friendship, supra*. In such circumstances the owner is not required to bring the time which would have been spent on his own repairs into account. The cases typically refer to the owner's work as not having been "necessary". I view such cases as holding that the detention is not causally connected to the optional repair work. The work, not being immediately necessary, could be done at any time or with other owner-related work. Thus there is no causal link between the detention of the ship and the work which the owner decides, as a matter of convenience, to have done at the same time. As a consequence, the defendant's act must be viewed as causing the whole of the detention and no set-off for the owner's work is allowed.

In the result, I conclude that the authorities do not establish that the person responsible for the initial damage must always bear the whole of the loss resulting from detention, regardless of intervening causes which may also require detention. The authorities recognize that the goal of the award of damages must be to restore the plaintiff to the position it would have been but for the tortious conduct of the defendant—no less and no more. To that end they insist that the matter is essentially one of determining what loss the plaintiff has established to have been caused by the wrongful act of the defendant, viewing the matter as it stands at the time of trial and taking into account any factors which have diminished the loss in the interval following the defendant's tort. In particular, if a subsequent incident intervenes which makes work necessary and that work is done at the same time as a previous incident, it is open to the court to conclude that because the ship would in any event necessarily have been out of commission dur-

vire est endommagé par un auteur de délit et que le propriétaire profite du temps pendant lequel le navire ne peut naviguer parce qu'on effectue ces réparations pour exécuter d'autres travaux facultatifs, il n'est pas nécessaire d'en tenir compte. Bon nombre des décisions invoquées par l'appelante relèvent de cette catégorie: voir *The Ruabon*, précité, *The Acanthus*, [1902] P. 17, *The Chekiang*, [1926] A.C. 637, *The Ferdinand Retzlaff*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 120, et *The Oinoussian Friendship*, précité. Dans ces circonstances, le propriétaire n'est pas obligé de tenir compte du temps qui aurait été utilisé pour effectuer ses propres réparations. Dans les décisions, les tribunaux disent invariablement des travaux du propriétaire qu'ils n'étaient pas «nécessaires». À mon avis, ces décisions établissent que l'arrêt n'a pas de lien de causalité avec les réparations facultatives effectuées. Parce que les travaux ne sont pas immédiatement nécessaires, ils pourraient être effectués à un autre moment ou à l'occasion d'autres travaux du propriétaire. Il n'y a donc aucun lien de causalité entre l'arrêt du navire et les travaux que le propriétaire décide, par souci de commodité, de faire exécuter au même moment. Par conséquent, il faut considérer que l'acte du défendeur est à l'origine de toute la période d'arrêt et aucune compensation pour les travaux du propriétaire ne peut être accordée.

En définitive, je conclus que la jurisprudence n'établit pas que la personne responsable du dommage initial doit toujours supporter intégralement la perte résultant de l'arrêt, sans égard aux causes intermédiaires qui peuvent également exiger l'arrêt du navire. La jurisprudence reconnaît que l'attribution de dommages-intérêts doit avoir pour objectif de replacer le demandeur dans la situation où il aurait été en l'absence de la conduite délictuelle du défendeur—rien de plus ni rien de moins. À cette fin, elle souligne qu'il s'agit essentiellement de déterminer la perte qui, selon ce que le demandeur a établi, a été causée par l'acte délictuel du défendeur, en envisageant l'affaire telle qu'elle se présente au moment du procès et en tenant compte des facteurs qui ont diminué la perte dans l'intervalle qui a suivi le délit du défendeur. En particulier, s'il survient un incident ultérieur qui rend nécessaire l'exécution de travaux et que ces travaux sont effectués en même temps que ceux découlant d'un incident antérieur, le tribunal

ing the time required to effect the repairs required by the second incident, the plaintiff has not established that the detention to that extent was caused by the defendant's act.

I take the general principles to which I have alluded as requiring that, to the extent that an event occurring after the tort and independently of the tort diminishes the loss caused by the tortious event, that diminution must be reflected in the award for damages. The next question is how that is best accomplished.

There are two possibilities. The first is that taken by the Federal Court of Appeal in this case. To the extent the loss is caused by a cause other than the tort, it is not compensable. On this approach, the plaintiffs would be entitled to damages for loss of use of their ship for 13 days, being 27 days less the 14 days that the ship would have been out of use in any event due to an unrelated cause. This was essentially the approach adopted in *The Carslogie*, where the plaintiff received nothing from the defendant because the subsequent event would have required detention for a longer period than required for the repair of the damage caused by the defendant.

This approach, while effecting a certain division of responsibility which might be considered just in some cases, suffers from defects. Where the subsequent event causes greater detention than the first, the plaintiff may be unable to recover anything against the defendant who caused the first loss (as in *The Carslogie*), a result which some would argue to be unfair. Moreover, it can be argued that applying strict logic, adoption of this approach might result in the defendant's recovering nothing in the case where its ship is damaged by two consecutive tortfeasors and the time required to effect both sets of repairs was the same.

The following example illustrates this conclusion. Assume that the ship was damaged in two separate

peut conclure que, parce que le navire aurait été hors service de toute façon au cours de la période nécessaire pour effectuer les réparations requises par le second incident, le demandeur n'a pas établi que l'arrêt, dans cette mesure, a été causé par l'acte du défendeur.

À mon avis, les principes généraux auxquels j'ai fait allusion exigent que, dans la mesure où un événement, survenu après le délit et indépendamment du délit, diminue la perte causée par l'acte délictuel, cette diminution doit se refléter dans le montant des dommages-intérêts accordés. La question suivante est de déterminer la meilleure façon de le faire.

Il existe deux possibilités. La première est celle que la Cour d'appel fédérale a retenue en l'espèce. Dans la mesure où elle est causée par un événement autre que le délit, la perte ne peut faire l'objet d'une indemnisation. Selon cette méthode, les demandereses auraient droit à des dommages-intérêts pour la perte d'utilisation de leur navire pendant 13 jours, c'est-à-dire 27 jours moins les 14 jours où le navire aurait été de toute façon hors service en raison d'une cause sans rapport avec le délit. C'est essentiellement le point de vue adoptée dans l'arrêt *The Carslogie* où le demandeur n'a rien reçu du défendeur parce que l'événement ultérieur aurait nécessité un arrêt pendant une période plus longue que celle requise pour la réparation des avaries causées par le défendeur.

Tout en effectuant un certain partage de la responsabilité qui pourrait être considéré juste dans certains cas, cette méthode comporte des défauts. Lorsque l'événement ultérieur entraîne une période d'arrêt plus longue que le premier événement, le demandeur peut être incapable de se faire indemniser de quelque manière que ce soit par le défendeur qui a causé la première perte (comme dans l'arrêt *The Carslogie*), un résultat que certains prétendraient injuste. En outre, on peut prétendre qu'en toute logique si l'on retient cette méthode le défendeur peut se trouver dans l'impossibilité d'obtenir une indemnité lorsque son navire est endommagé par deux auteurs de délits consécutifs et que le temps requis pour effectuer les deux séries de réparations est le même.

L'exemple suivant illustre cette conclusion. Supposons que le navire ait été endommagé au cours de



and unrelated tortious collisions, and that the repair of the damage caused by each requires 10 days to complete. The ship is then taken out of service for 10 days and both repairs are performed concurrently. From the perspective of the first tortfeasor the fact that the ship had to be taken out of service for 10 days to repair the damage caused by the second tortfeasor would serve to bar the recovery of damages for the losses suffered during the detention. The second tortfeasor could obviously make precisely the same assertion and argue that it should not be held liable for the detention as the requirement to repair the damage caused by the first tortfeasor meant that the ship would not have been “a profit-earning machine” during the repair period even in the absence of the damage caused by the second tortfeasor. In short, where there are two operative causes of the detention, it can be argued by the parties respectively responsible for each that to the extent the detention was caused by the others’ act, it is not responsible. This would serve to bar the owner from recovering any detention losses caused by concurrent repairs due to two separate incidents that the owner, by default, would end up bearing the loss.

This result would appear, *ab initio*, an incorrect one and particularly unfair when all of the damage was tortiously caused. To avoid such result, it is necessary to introduce a factor other than pure causation. What is required is a rule that says (a) that one of the two causes of the concurrent loss is responsible (e.g., the “first in time” rule) or (b) that the concurrent delay should be apportioned between the two causes of the concurrent loss.

This leads me to the second way in which the diminution in a loss due to detention caused by a subsequent event can be recognized, *pro rata* apportionment. This was the approach employed with respect to dock dues in *The Haversham Grange*, at p. 314:

. . . where repairs in respect of damage for which underwriters are liable have been executed simultaneously with repairs as to which the owner is uninsured, and an

deux abordages fautifs séparés et distincts et que la réparation des avaries causées par chacun des abordages exige 10 jours de travaux. Le navire est donc désarmé pendant 10 jours et les deux séries de réparations sont effectuées simultanément. Du point de vue du premier auteur de délit, le fait que le navire ait été désarmé pendant 10 jours pour réparer les avaries causées par le second auteur de délit empêcherait le demandeur de réclamer des dommages-intérêts pour les pertes subies au cours de l’arrêt. Il va sans dire que le second auteur de délit pourrait faire précisément la même affirmation et prétendre qu’il ne devrait pas être tenu responsable de l’arrêt puisque l’obligation de réparer les avaries causées par le premier auteur de délit signifiait que le navire n’aurait pas été «une machine lucrative» au cours de la période de réparation même en l’absence des avaries causées par le second auteur de délit. Bref, lorsqu’il existe deux causes efficientes d’arrêt, chaque partie responsable d’une cause peut prétendre qu’elle n’est pas responsable dans la mesure où l’arrêt nécessaire découle de l’acte de l’autre partie. On empêcherait ainsi le propriétaire de réclamer les pertes relatives à l’arrêt nécessaire pour que soient effectuées simultanément les réparations découlant de deux incidents distincts que le propriétaire, par défaut, finirait par supporter.

Ce résultat semblerait, *ab initio*, incorrect et particulièrement injuste lorsque toutes les avaries résultent de délits. Pour éviter un tel résultat, il est nécessaire d’appliquer un facteur autre que celui du seul lien de causalité. Il est nécessaire d’avoir une règle selon laquelle (a) l’une des deux causes de la perte commune est responsable (par ex. la règle du «premier événement dans le temps») ou (b) le délai commun devrait être réparti entre les deux causes de la perte commune.

Cela m’amène à examiner la seconde manière dont la diminution d’une perte due à l’arrêt causé par un événement ultérieur peut être répartie au prorata. Il s’agit de la méthode retenue quant aux frais de cale sèche dans l’arrêt *The Haversham Grange*, à la p. 314:

[TRADUCTION] . . . lorsque des réparations concernant des dommages à l’égard desquels les assureurs sont responsables ont été effectuées en même temps que

expense has been incurred which would have been necessary for either purpose alone, such expense is not to be wholly attributed to one set of repairs alone, but forms a factor in the cost of each, and must therefore be divided between them in some proportion, which *prima facie* would be equally.

This approach is philosophically compatible with the contributory negligence approach to damages now prevalent in virtually all areas of tort law, and reflected in legislative provisions such as the *Canada Shipping Act, supra*, and the *Ontario Negligence Act, R.S.O. 1980, c. 315*. (In *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, this Court held that provincial contributory negligence legislation applied to marine collisions within the territory of the province.)

Section 638 of the *Canada Shipping Act* provides:

**638.** (1) Where, by the fault of two or more vessels, damage or loss is caused to one or more of those vessels, to their cargoes or freight, or to any property on board, the liability to make good the damage or loss shall be in proportion to the degree in which each vessel was in fault.

(2) Where, having regard to all the circumstances of the case, it is not possible to establish different degrees of fault, the liability shall be apportioned equally.

Similarly the *Ontario Negligence Act* in ss. 2, 4, and 5 recognizes and endorses the principle of apportionment:

**2.** Where damages have been caused or contributed to by the fault or neglect of two or more persons, the court shall determine the degree in which each of such persons is at fault or negligent, and, where two or more persons are found at fault or negligent, they are jointly and severally liable to the person suffering loss or damage for such fault or negligence, but as between themselves, in the absence of any contract express or implied, each is liable to make contribution and indemnify

d'autres réparations à l'égard desquelles le propriétaire n'est pas assuré et qu'elles ont entraîné des frais qui auraient été nécessaires dans l'un ou l'autre cas isolément, ces frais ne doivent pas être entièrement imputés à une seule série de réparations; ils constituent plutôt un facteur du coût de chacune et doivent donc être partagés entre elles dans une proportion qui, à première vue, serait égale.

Sur le plan philosophique, cette méthode est compatible avec la façon d'aborder les dommages-intérêts en fonction de la négligence contributive qui s'applique maintenant dans presque tous les domaines du droit en matière de responsabilité civile délictuelle et qui se reflète dans des textes de loi comme la *Loi sur la marine marchande du Canada*, précitée, et la *Loi sur le partage de la responsabilité en Ontario, L.R.O. 1980, ch. 315*. (Dans l'arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, notre Cour a conclu que les dispositions législatives provinciales sur la négligence contributive s'appliquent aux abordages maritimes dans les limites de la province.)

L'article 638 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoit:

**638.** (1) Lorsque, par la faute de deux ou plusieurs bâtiments, il y a avarie ou perte d'un ou plusieurs de ces bâtiments, de leurs cargaisons ou de leur fret, ou des biens à bord, la responsabilité en matière d'avarie ou de perte est proportionnée au degré de faute de chaque bâtiment.

(2) Lorsque eu égard à toutes les circonstances, il est impossible d'établir le différent degré de faute, la responsabilité est répartie également.

De même, la *Loi sur le partage de la responsabilité en Ontario* reconnaît et adopte, aux art. 2, 4 et 5, le principe du partage:

**2** Si deux ou plusieurs personnes ont, par leur faute ou par leur négligence, causé des dommages ou contribué à en causer, le tribunal détermine leurs parts respectives de responsabilité. Les personnes dont le tribunal a constaté la faute ou la négligence sont solidairement responsables envers la personne qui a subi la perte ou le dommage; en ce qui concerne leur responsabilité mutuelle, à défaut de contrat entre elles, même implicite, chaque personne est tenue de verser une contribution

each other in the degree in which they are respectively found to be at fault or negligent.

4. In any action for damages that is founded upon the fault or negligence of the defendant if fault or negligence is found on the part of the plaintiff that contributed to the damages, the court shall apportion the damages in proportion to the degree of fault or negligence found against the parties respectively.

5. If it is not practicable to determine the respective degree of fault or negligence as between any parties to an action, such parties shall be deemed to be equally at fault or negligent.

Contributory negligence *per se*, although arguably available on the legislation, was not canvassed in the case at bar. In the absence of findings of fact below and submissions of law on the applicability and impact of the legislation cited above, it is impossible to ascribe contributory negligence arising from the second incident to the respondents.

I see no reason, however, why the general principle of apportionment discussed in *The Haversham Grange* should not apply. This approach would recognize that there were two causes for the detention of the ship and the consequent loss of earning capacity—the defendants' tortious act and the subsequent grounding incident. The question then is this: what in fairness is required to restore the plaintiffs to the position they would have been in had the first incident not occurred? The answer must be that 13 days alone is solely attributable to the defendants' fault and the defendants must bear the full amount of the loss resulting from detention for this period. The remaining 14 days of detention were used to repair damages caused by the defendants' tort as well as damages caused by the intervening incident. Fairness suggests that the loss flowing from this period be divided equally between the two causes of detention. In the result, the defendants would be required to pay damages for 20 days of detention.

This rule of apportionment might be summarized as follows:

aux autres et de les indemniser selon la part de responsabilité que le tribunal lui a attribuée.

4 Dans une action en dommages-intérêts qui se fonde sur la faute ou la négligence du défendeur, si le tribunal constate qu'il y a eu, de la part du demandeur, faute ou négligence qui a contribué aux dommages, le tribunal répartit les dommages-intérêts selon la part respective de responsabilité de chaque partie.

5 S'il s'avère trop difficile de déterminer la part de responsabilité attribuable, à l'égard de la faute ou de la négligence, à chaque partie à une action, les parties sont réputées également responsables.

La négligence contributive en soi, bien qu'on puisse soutenir qu'elle est prévue par la législation, n'a pas été débattue en l'espèce. En l'absence de conclusions de fait des tribunaux d'instance inférieure et d'arguments de droit sur l'applicabilité et les répercussions des dispositions législatives précitées, il est impossible de faire bénéficier les intimés d'une négligence contributive découlant du second incident.

Cependant, je ne vois aucune raison pour laquelle le principe général de la répartition analysé dans l'arrêt *The Haversham Grange* ne pourrait pas s'appliquer. Cette méthode reconnaîtrait que deux causes sont à l'origine de l'arrêt du navire et de la perte de capacité de gain qui en a résulté: l'acte délictuel des défendeurs et l'échouage ultérieur. La question est donc celle-ci: en toute équité, que faut-il accorder aux demandresses pour les replacer dans la situation où elles auraient été en l'absence du premier incident? La réponse doit être qu'il n'y a que 13 jours qui sont imputables seulement à la faute des défendeurs et que ceux-ci doivent supporter intégralement la perte résultant de l'arrêt pendant cette période. Les 14 autres jours d'arrêt ont servi à réparer les avaries causées par l'acte délictuel des défendeurs ainsi que les avaries causées par l'incident intermédiaire. L'équité veut que la perte découlant de cette période soit partagée également entre les deux causes d'arrêt. En définitive, les défendeurs devraient payer des dommages-intérêts pour 20 jours d'arrêt.

Cette règle de partage pourrait être résumée de la façon suivante:

(1) where there are two or more contributing causes to the loss of use of the vessel as a profit-earning machine; and

(2) each cause, considered independently, makes it necessary to detain the vessel to effect repairs, which are made concurrently;

(3) then, to the extent that the repairs are effected concurrently (i.e., the same time is used to effect the two or more sets of repairs) the loss due to detention is equally allotted between the two or more causes; and

(4) to the extent that the time is not used concurrently to repair both sets of damage, the resultant losses are borne solely by the party that caused those losses.

This rule conforms with the fundamental principle that the plaintiffs are entitled to be placed in the same position as they would have been in had the tort never occurred. It embodies all the subsidiary rules that flow from this principle. It recognizes that the plaintiffs are entitled only to such loss as it can prove to have been caused by the defendants' act. It permits recognition of diminution of the loss of use claim due to intervening causes. It restricts the extent of any such diminution to other factors which can be shown to have actually caused the particular detention in question. It accords with the modern philosophy of apportioning damages between successive causes of loss. It avoids intricate arguments about factors such as the order of accidents, their impact on the use of the ship, and causation. And it has the advantage of being generally applicable to all causes and producing a fairer result than the all-or-nothing approach exemplified by *The Carslogie*.

#### *Application of the Rule to the Case*

As already indicated, application of the apportionment approach to the facts of this case entitles the plaintiffs to claim damages for 20 days' loss of use of its ship, being the 13 days exclusively required for

(1) lorsqu'il y a deux ou plusieurs causes contribuant à la perte d'utilisation du navire comme machine lucrative; et

(2) que chaque cause, considérée indépendamment, rend nécessaire l'arrêt du navire pour effectuer des réparations, qui sont effectuées simultanément;

(3) alors, dans la mesure où les réparations sont effectuées simultanément (c'est-à-dire que la même période est utilisée pour effectuer deux ou plusieurs séries de réparations), la perte due à l'arrêt est répartie également entre les deux causes ou toutes les causes; et

(4) dans la mesure où la réparation des deux séries d'avaries n'est pas effectuée simultanément, les pertes qui en résultent ne sont supportées que par la partie qui les a causées.

Cette règle est conforme au principe fondamental selon lequel les demanderesses ont le droit d'être placées dans la même situation où elles auraient été si le délit ne s'était jamais produit. Elle comporte toutes les règles accessoires qui découlent de ce principe. Elle reconnaît que les demanderesses n'ont droit qu'aux seules pertes dont elles peuvent prouver qu'elles ont été causées par l'acte des défendeurs. Elle permet de reconnaître que la réclamation pour perte d'utilisation peut être réduite en raison de causes intermédiaires. Elle restreint la portée de cette diminution aux autres facteurs dont on peut prouver qu'ils ont réellement causé l'arrêt particulier du navire en question. Elle est conforme à la philosophie moderne de la répartition des dommages entre des causes de perte successives. Elle évite des arguments complexes quant à des facteurs comme la chronologie des accidents, leurs répercussions sur l'utilisation du navire et le lien de causalité. Enfin, elle a l'avantage d'être généralement applicable à toutes les causes et de donner un résultat plus juste que la méthode du tout ou rien illustrée par l'arrêt *The Carslogie*.

#### *Application de la règle à l'espèce*

Comme je l'ai déjà indiqué, l'application de la règle du partage aux faits en l'espèce permet aux demanderesses de réclamer des dommages-intérêts pour 20 jours de perte d'utilisation de leur navire, c'est-à-

the repair of damage caused by the defendants plus one-half of the balance of the time which was used for those repairs as well as those caused by the subsequent grounding, for a total of 20 days.

The Appeal of the *Lake Winnipeg v. Sunrise Company Limited*

*Issues*

1. Did the trial judge palpably err in finding:

- (a) the *Lake Winnipeg* was in mid-channel when she met the *Kalliopi L*?
- (b) the *Kalliopi L* had “reacted correctly” in her helm and engine manoeuvres?

2. Did the trial judge palpably err in:

- (a) blaming the *Lake Winnipeg* for not staying below the Brockville Narrows;
- (b) blaming the *Lake Winnipeg* for not having her Master on the bridge;
- (c) not blaming the *Kalliopi L* for failing to slow to a moderate speed before meeting the *Lake Winnipeg*, and for failing to give a danger signal.

3. If both vessels are to blame, does the contributory negligence on the part of the *Kalliopi L* entirely bar recovery?

The Law — Overturning a Trial Judge’s Finding of Fact on Appeal

*Stein v. The Ship “Kathy K”*, *supra*, is the leading decision of this Court on the appellate review of trial judge’s decisions in maritime collision cases and is cited by both parties for the applicable law. Ritchie J. stated for the Court, at p. 806:

. . . Chief Justice Jaccett, who delivered the judgment on behalf of the majority of the Court of Appeal, appears to have ignored the various findings of fact made

dire les 13 jours requis exclusivement pour réparer les avaries causées par les défendeurs, plus la moitié du temps restant qui a été utilisé pour ces réparations ainsi que pour celles causées par l’échouage ultérieur, soit un total de 20 jours.

Le pourvoi de l’arrêt *Lake Winnipeg c. Sunrise Company Limited*

*b Les questions en litige*

1. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur manifeste en concluant:

- a) que le *Lake Winnipeg* était au centre du chenal lorsqu’il a croisé le *Kalliopi L*?
- b) que l’équipage de la timonerie et de la salle des machines du *Kalliopi L* a «réagi correctement» dans ses manoeuvres?

2. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur manifeste:

- a) en reprochant au *Lake Winnipeg* de ne pas être resté en aval du détroit de Brockville?
- b) en reprochant au *Lake Winnipeg* l’absence de son capitaine sur la passerelle du navire?
- c) en ne reprochant pas au *Kalliopi L* de ne pas avoir ralenti à une vitesse modérée avant de croiser le *Lake Winnipeg* et de ne pas avoir donné un signal de danger?

3. Si les deux navires sont fautifs, la négligence contributive de la part du *Kalliopi L* l’empêche-t-il totalement d’obtenir des dommages-intérêts?

Le droit — Écarter en appel une conclusion de fait du juge de première instance

L’arrêt *Stein c. Le navire «Kathy K»*, précité, est l’arrêt de principe de notre Cour sur la question du contrôle en appel de la décision du juge de première instance en matière d’abordage et les deux parties l’ont cité à titre de règle applicable. Le juge Ritchie affirme, au nom de la Cour, à la p. 806:

. . . le juge en chef Jaccett, qui a rendu le jugement au nom de la majorité de la Cour d’appel, me paraît avoir méconnu les conclusions du juge de première instance

by the trial judge, in favour of his own appreciation of "the balance of probability". . . .

sur les faits, pour y substituer sa propre appréciation de «la prépondérance des probabilités». . . .

With the greatest respect for the learned Chief Justice, I do not consider that this approach to the determination of the facts is justified under the circumstances, particularly having regard to the fact that evidence was taken from the individuals in charge of the respective vessels and that findings of credibility were involved in the trial judge's conclusions. I think that under such circumstances the accepted approach of a court of appeal is to test the findings made at trial on the basis of whether or not they were clearly wrong rather than whether they accorded with that court's view of the balance of probability.

After citing and quoting a number of authorities with respect to the standard to be employed when reviewing trial judge's findings of fact, Ritchie J. concluded, at p. 808:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

It was decided that the Court of Appeal had erred in supplanting the trial judge's findings of fact with its own and the determination of fault made at trial was restored.

## Decisions Below

### *The Trial Judge*

The trial judge reached the following conclusions with respect to the facts:

1. The Kal L made the necessary security call as a downbound vessel and the L Wpg was aware of the downbound vessel.
2. The Kal L made visual contact with the L Wpg at a distance of at least three miles, and possibly more

<sup>a</sup> Avec le plus grand respect pour le savant Juge en chef, je ne crois pas que cette façon de statuer sur les faits soit justifiée dans les circonstances, surtout si l'on considère que l'on a reçu au procès le témoignage des personnes en charge de chacun des bateaux et que le juge de première instance a apprécié leur crédibilité en formulant ses conclusions. Dans de telles circonstances, il est généralement admis qu'une cour d'appel doit se prononcer sur les conclusions tirées en première instance en recherchant si elles sont manifestement erronées et non si elles s'accordent avec l'opinion de la Cour d'appel sur la prépondérance des probabilités.

Après avoir mentionné et cité un certain nombre d'arrêts quant à la norme à appliquer pour examiner les conclusions de fait du juge de première instance, le juge Ritchie conclut, à la p. 808:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

On a décidé que la Cour d'appel avait commis une erreur en substituant ses propres conclusions de fait à celles du juge de première instance et on a rétabli la décision de première instance quant à l'attribution de la faute.

### <sup>h</sup> Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

#### *Le juge de première instance*

Le juge de première instance a tiré les conclusions de fait suivantes:

1. Le Kal L a fait l'appel de sécurité nécessaire à titre de navire descendant, et le L Wpg était au courant de sa présence.
2. Le Kal L a établi un contact visuel avec le L Wpg à une distance d'au moins trois milles, et peut-être da-

- |   |   |   |
|---|---|---|
| <p>because it was possible to see the top structure over the islands.</p> <p>3. A signal blast was given by the Kal L (requiring a port to port passing) and it was heard and acknowledged by the L Wpg.</p> <p>4. The Pampero and the Kal L passed safely by each remaining in her own channel.</p> <p>5. The Kal L continued in her own channel throughout the passing, and was <u>NOT</u> subject to bank suction after passing the Pampero as suggested by Captain Moffett.</p> <p>6. The L Wpg was in the centre of the channel and as she moved westward had a bow overhang placing her in the southern downbound channel.</p> <p>7. The L Wpg never moved to starboard.</p> <p>8. No danger signal was necessary from the Kal L in the circumstances.</p> <p>9. The real problems began when the Kal L was forced to go further to starboard and closer to shore.</p> <p>10. The speed of the L Wpg was less than 8 knots over the ground, the speed of the Kal L at 90 revolutions was approximately 9 ½ knots overground with no current, and 10 ½ to 11 knots over the ground with the current. The speed limit was 13 knots.</p> <p>11. The current strength was approximately two knots, the width of the channel 450 feet and in addition to the two knots current, there is a south set to the current in the area of passing.</p> <p>12. The ships were close together, probably 60 feet, when passing.</p> <p>13. It was a clear day, with no winds or fog or rain. Visibility was excellent.</p> <p>14. There was no failure of communication on the Kal L neither between the chief officer and the helmsman nor between the bridge and the engine room.</p> <p>15. The first inkling that the captain of the Kal L had about trouble was the sound of the reversing of the engines.</p> <p>16. The Kal L had the right of way as the downbound ship.</p> | <p><i>a</i></p> <p><i>b</i></p> <p><i>c</i></p> <p><i>d</i></p> <p><i>e</i></p> <p><i>f</i></p> <p><i>g</i></p> <p><i>h</i></p> <p><i>i</i></p> <p><i>j</i></p> | <p>vantage car il était possible de voir la superstructure par-dessus les îles.</p> <p>3. Le Kal L a donné un signal (exigeant une rencontre par bâbord) signal qui a été entendu par le L Wpg et auquel il a répondu.</p> <p>4. Le Pampero et le Kal L se sont rencontrés sans danger, chacun demeurant dans son propre chenal.</p> <p>5. Le Kal L a continué dans son propre chenal tout au long de la rencontre, et n'a <u>PAS</u> subi de succion de la berge après avoir croisé le Pampero, comme l'a suggéré le capitaine Moffett.</p> <p>6. Le L Wpg était au centre du chenal et comme il se dirigeait vers l'ouest, son étrave était en surplomb, ce qui le plaçait dans le chenal descendant du sud.</p> <p>7. Le L Wpg ne s'est jamais déplacé à tribord.</p> <p>8. Vu les circonstances, aucun signal de danger n'était nécessaire de la part du Kal L.</p> <p>9. Les véritables problèmes ont commencé lorsque le Kal L a été forcé de se déporter à tribord et de s'approcher de la berge.</p> <p>10. La vitesse du L Wpg était inférieure à huit nœuds par rapport au sol, tandis que celle du Kal L, à 90 tours, était d'environ 9 ½ nœuds par rapport au sol sans compter le courant, et de 10 ½ à 11 nœuds par rapport au sol avec le courant. La limite de vitesse était de 13 nœuds.</p> <p>11. Le courant avait une force d'environ deux nœuds, la largeur de la passe est de 450 pieds et, en plus du courant de deux nœuds, il y a une orientation sud du courant dans la zone où les navires se sont rencontrés.</p> <p>12. Les navires étaient très près l'un de l'autre, probablement à 60 pieds, lorsqu'ils se sont croisés.</p> <p>13. Le temps était clair, il n'y avait ni vent, ni brouillard ni pluie. La visibilité était excellente.</p> <p>14. Il n'y a pas eu de défaillance des communications sur le Kal L ni entre le commandant en second et le timonier, ni entre la passerelle et la salle des machines.</p> <p>15. Le commandant du Kal L s'est aperçu pour la première fois qu'il y avait une difficulté lorsqu'il a entendu les moteurs changer de direction.</p> <p>16. Le Kal L avait priorité à titre de navire descendant.</p> |
|---|---|---|

17. It was dangerous to pass in the narrows and preferable to wait until a downbound ship clears the Narrows.

The trial judge dismissed the assertions that the *Kalliopi L* was negligent with the following observations:

- (1) [The *Kalliopi L*] was travelling within the speed limit and had every right to expect the upbound ship to move to starboard. She was using diesel fuel enabling better navigational response. *b*
- (2) Had she slowed down, her ability to navigate would have decreased, (and remember, she is travelling with a current, and all concede it is more difficult to navigate downbound with a current than upbound against a current - hence the rule of right of way). *c*
- (3) No navigational aids were faulty. *d*
- (4) The pilot may have had other options but all concede it was doubtful they would have been more successful and some suggested any other move might well have caused a collision or a grounding, and this is after 7 years opportunity to give the situation careful thought. Captain Boucha did not have that luxury. The pilot on the *Kal L* faced an emergency situation, not of his own making, and reacted correctly and followed the best possible option in the circumstance. *e*
- (5) Again, it was suggested the five whistle danger signal should have been given. At the outset there was no cause for alarm. It is normal for two ships meeting to both be at the centre of the channel, and move to starboard at a time directed by the downbound vessel. The answers vary about how late the signal should be given, but even Captain Moffett suggested it was not unusual to give it at the very last minute and even to pass as close as 5 feet one from the other. There clearly was no need for the five signal blasts and by the time the *Kal L* was in serious trouble it was too late to benefit from any danger blasts. *f*

For the reasons given above, the defendants are one hundred per cent responsible for the grounding of the *Kalliopi L*. *j*

17. Il est dangereux de se rencontrer dans le détroit et il est préférable d'attendre que le navire descendant soit passé.

Le juge de première instance a rejeté les prétentions qu'il y avait eu négligence de la part du (*Kalliopi L*), en faisant les observations suivantes:

- (1) Il [le *Kalliopi L*] respectait la limite de vitesse et avait pleinement droit de s'attendre à ce que le navire montant se déplace à tribord. Il utilisait un carburant diesel, ce qui facilite la navigation. *b*
- (2) S'il avait ralenti, il aurait été moins en mesure de manœuvrer (il faut se rappeler qu'il se déplaçait avec le courant, et tous admettent qu'il est plus difficile de naviguer en suivant le courant qu'en le remontant - ce qui explique la règle qui régit la priorité de passage). *c*
- (3) Aucune aide à la navigation n'était défectueuse. *d*
- (4) D'autres options s'offraient peut-être au pilote, mais tous admettent qu'il est très douteux qu'elles auraient eu plus de succès, et certains ont laissé entendre que toute autre manœuvre aurait bien pu entraîner une collision ou un échouage. N'oublions pas que tous ont eu sept ans pour réfléchir soigneusement à la situation. Le capitaine Boucha ne pouvait s'offrir ce luxe. Le pilote du *Kal L* devait faire face à une situation d'urgence dont il n'était pas responsable; il a réagi correctement et a choisi la meilleure option possible vu les circonstances. *e*
- (5) On a suggéré que le *Kal L* aurait dû donner le signal de danger, cinq coups de sifflet. Au début, il n'y avait pas de motif de s'inquiéter. Il est normal que deux navires qui se rencontrent soient tous deux au centre du chenal et se déplacent vers tribord au moment indiqué par le navire descendant. Les réponses varient quant au dernier moment où le signal peut être donné, mais même le capitaine Moffett a laissé entendre qu'il n'est pas inhabituel de donner le signal à la toute dernière minute, et même que les navires passent à aussi près que cinq pieds l'un de l'autre. Il n'y avait manifestement aucune nécessité de donner cinq coups de sifflet et au moment où le *Kal L* s'est trouvé en grave difficulté, il était trop tard pour qu'un signal de danger soit utile. *f*

Pour les motifs donnés ci-dessus, les défenderesses sont à cent pour cent responsables de l'échouage du *Kal L*.



*The Court of Appeal*

The Court of Appeal reviewed the evidence in detail and concluded that it was capable of supporting the trial judge's conclusion. Accordingly, it declined to interfere.

Analysis

1(a) *Whether the trial judge was in manifest and palpable error in finding the Lake Winnipeg was in mid-channel when she met the Kalliopi L.*

The *Lake Winnipeg* submits that the only witness that clearly stated that the *Lake Winnipeg* was in mid-channel at the time of the meeting was Dionne and that his testimony was suspect because of his distance from the scene. It also submits that the trial judge erred in inferring that the ship remained at mid-channel from the evidence of Boucha and Moshogiannis that it was in this position prior to the meeting of the ships.

Having reviewed the evidence on this matter, I conclude that it was open to the trial judge to reach the conclusion he did.

1(b) *That the trial judge was in manifest and palpable error in finding the Kalliopi L had "reacted correctly" in her helm and engine manoeuvres.*

The *Lake Winnipeg* disputes the trial judge's findings both with respect to the location of the *Lake Winnipeg* and with respect to the connection between the meeting of the two ships and the grounding of the *Kalliopi L*. In respect to the latter claim it contends that even if the trial judge was correct in finding the *Lake Winnipeg* was in the mid-channel at the time of the meeting, there was "no, or at worst little, causal connection between that fact and the grounding."

After reviewing the material that led the trial judge to conclude that the *Lake Winnipeg* was the cause of the *Kalliopi L*'s misfortune, I find myself in agreement with the Court of Appeal's assessment that even

*La Cour d'appel*

La Cour d'appel a examiné la preuve en détail et elle a conclu qu'elle pouvait confirmer les conclusions du juge de première instance. Par conséquent, elle a refusé d'intervenir.

L'analyse

1a) *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur manifeste en concluant que le Lake Winnipeg était au centre du chenal lorsqu'il a croisé le Kalliopi L?*

Le *Lake Winnipeg* soutient que le seul témoin qui a clairement affirmé que le *Lake Winnipeg* était au centre du chenal au moment de la rencontre des navires était le témoin Dionne et qu'on peut douter de son témoignage en raison de la distance qui le séparait du lieu de la rencontre des deux navires. Il prétend également que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que le navire est demeuré au centre du chenal d'après les témoignages de Boucha et de Moshogiannis quant à sa position avant la rencontre des navires.

Ayant examiné la preuve à cet égard, je conclus que le juge de première instance pouvait tirer cette conclusion à laquelle il est parvenu.

1b) *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur manifeste en concluant que l'équipage de la timonerie et de la salle des machines du Kalliopi L a «réagi correctement» dans ses manœuvres?*

Le *Lake Winnipeg* conteste les conclusions du juge de première instance tant en ce qui concerne la position du *Lake Winnipeg* qu'en ce qui concerne le lien entre la rencontre des deux navires et l'échouage du *Kalliopi L*. À l'égard de cette dernière prétention, il soutient que même si le juge de première instance avait eu raison de conclure que le *Lake Winnipeg* était au centre du chenal au moment de la rencontre, il n'y avait [TRADUCTION] «aucun lien de causalité entre ce fait et l'échouage, ou que tout au plus s'il y a en avait un il était tenu».

Après avoir examiné les documents qui ont amené le juge de première instance à conclure que le *Lake Winnipeg* était la cause de l'infortune du *Kalliopi L*, je partage l'avis de la Cour d'appel que même si le

were the trial judge in error with respect to the correctness of the *Kalliopi L's* response to the impending collision, the effective cause of the grounding remained the wrongful act of the *Lake Winnipeg* and the manner in which it forced the *Kalliopi L's* into the perilous position close to the southern bank of the river.

2(a) *Whether the trial judge fell into manifest and palpable error in fact and erred in law in blaming the Lake Winnipeg for not staying below the Brockville Narrows.*

This issue and the following one are somewhat peripheral to the basis upon which the trial judge found the *Lake Winnipeg* liable for the grounding. In substance the trial judge appears to have taken the position that: (a) the *Kalliopi L* clearly had the right of way; and (b) it was dangerous to pass in the narrows and preferable for the upbound ship to wait until the downbound ship cleared the narrows. These observations led the trial judge to conclude:

The first matter of significance is that the downbound *Kal L* had the right of way, imposing a heavy obligation on the *L Wpg* to see to it that appropriate action was taken to facilitate safe passage. I have indicated that it was possible to pass in the narrows, but almost to a man the witnesses said it was to be avoided if at all possible because the Brockville Narrows is a dangerous area of the seaway. The *L Wpg* could have slowed down or anchored until the *Kal L* was out of the narrows. It did neither.

I do not read the other parts of the trial decision as imposing liability on the *Lake Winnipeg* by reason of the fact that it chose to enter the narrow channel, but rather as referring to this choice as imposing a duty on the *Lake Winnipeg* to ensure that its actions did not threaten the safety of the downbound ship as it negotiated this part of the channel. This approach to this issue was also adopted by the Court of Appeal. Even were it to be decided that the trial judge erred in concluding that it would have been preferable that the *Lake Winnipeg* have slowed to avoid meeting in the narrows, this would not constitute a significant or a reversible error.

juge de première instance a commis une erreur quant à la justesse de la réponse du *Kalliopi L* devant l'imminence de l'échouage, la véritable cause de cet échouage demeure l'acte délictuel du *Lake Winnipeg* et la façon dont il a obligé le *Kalliopi L* à se mettre dans une position périlleuse près de la rive sud du fleuve.

2a) *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de fait manifeste et une erreur de droit en reprochant au Lake Winnipeg de ne pas être resté en aval du détroit de Brockville?*

Cette question et la suivante sont quelque peu incidentes au fondement de la conclusion du juge de première instance que le *Lake Winnipeg* était responsable de l'échouage. Essentiellement, le juge de première instance paraît avoir reconnu que (a) le *Kalliopi L* avait nettement priorité de passage, et que (b) il était dangereux de se rencontrer dans le détroit et préférable que le navire remontant attende que le navire descendant ait passé le détroit. Ces observations ont amené le juge de première instance à conclure:

Le premier point important est que le *Kal L*, navire descendant, avait priorité de passage, ce qui obligeait le *L Wpg* à prendre les mesures appropriées pour faciliter la rencontre en toute sécurité. J'ai dit qu'il était possible de se rencontrer dans le détroit, mais les témoins ont déclaré presque à l'unanimité qu'il fallait si possible éviter de le faire, parce que le Détroit de Brockville est une zone dangereuse de la voie maritime. Le *L Wpg* aurait pu ralentir ou s'ancrer jusqu'à ce que le *Kal L* ait passé le détroit. Il n'en a rien fait.

À mon sens, les autres parties de la décision du juge de première instance attribuent une responsabilité au *Lake Winnipeg* non pas en raison du fait qu'il a choisi d'entrer dans le détroit, mais parce que ce choix lui imposait l'obligation de veiller à ce que ses actions ne compromettent pas la sécurité du navire descendant au moment où il entrait dans cette partie du détroit. Cette façon d'aborder la question a également été adoptée par la Cour d'appel. Même si on décidait que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il aurait été préférable que le *Lake Winnipeg* ralentisse pour éviter la rencontre dans le détroit, cette conclusion ne constituerait pas une erreur importante ou une erreur donnant lieu à réformation.

2(b) *Whether the trial judge fell into manifest and palpable error in fact and erred in law in blaming the Lake Winnipeg for not having her Master on the Bridge.*

Although the trial judge commented on the absence of the Master from the bridge of the *Lake Winnipeg*, this observation did not in any way form part of the basis of the finding of liability. At best, this observation might have helped to explain why the *Lake Winnipeg* happened to be sailing in the middle of the channel and thereby crowded the *Kalliopi L* resulting in its grounding. It did not, however, bear directly on the basis of liability as it was the location of the ship in the water and not that of the Master on the ship that was the relevant fact. Therefore, even if this finding were rebutted, it would not affect the trial judge's conclusions with respect to liability.

2(c) *Whether the trial judge fell into manifest and palpable error in fact and erred in law in not blaming the Kalliopi L for failing to slow to a moderate speed before meeting the Lake Winnipeg, and for failing to give a danger signal.*

It is not clear on the evidence that the *Kalliopi L* was to blame for failing to slow or that the trial judge made an error in this respect. As with the other issues discussed above, I agree with the Court of Appeal's conclusions with respect to the findings of the trial judge in this regard.

3 *If both vessels are to blame, does the contributory negligence on the part of the Kalliopi L entirely bar recovery?*

In view of my conclusion that no fault on the part of the *Kalliopi L* has been established, it is unnecessary to consider this issue.

#### Conclusion

I would allow the appeal (*Sunrise Company Limited v. The Lake Winnipeg*) to the extent of substituting a remedy based on apportionment for the set-off method used by the Court of Appeal. The appellants are entitled to damages against the respondents for

2b) *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de fait manifeste et une erreur de droit en reprochant au Lake Winnipeg l'absence de son capitaine sur la passerelle du navire?*

<sup>a</sup> Bien que le juge de première instance ait mentionné l'absence du capitaine sur la passerelle du *Lake Winnipeg*, cette observation n'a aucunement servi de fondement à sa conclusion quant à la responsabilité. Au mieux, cette observation aurait pu aider à expliquer pourquoi le *Lake Winnipeg* se trouvait à naviguer au centre du chenal et a ainsi serré le *Kalliopi L* qui s'est ensuite échoué. Elle n'a cependant pas porté directement sur le fondement de la responsabilité puisque c'est la position du navire dans le détroit et non l'endroit où se trouvait le capitaine du navire qui était le fait pertinent. Par conséquent, même si on réfutait cette conclusion, cela ne porterait pas atteinte aux conclusions du juge de première instance quant à la responsabilité.

2c) *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de fait manifeste et une erreur de droit en ne reprochant pas au Kalliopi L de ne pas avoir ralenti à une vitesse modérée avant de croiser le Lake Winnipeg et de ne pas avoir donné un signal de danger?*

<sup>f</sup> La preuve n'indique pas clairement qu'on pouvait reprocher au *Kalliopi L* de ne pas avoir ralenti ou que le juge de première instance a commis une erreur à cet égard. Comme dans le cas des autres questions déjà examinées, je partage les conclusions de la Cour d'appel quant aux conclusions du juge de première instance à cet égard.

3 *Si les deux navires sont fautifs, la négligence contributive de la part du Kalliopi L l'empêche-t-il totalement d'obtenir des dommages-intérêts?*

<sup>g</sup> Puisque j'ai conclu qu'il n'a pas été établi que le *Kalliopi L* a commis une faute, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

#### <sup>i</sup> Conclusion

<sup>j</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal (*Sunrise Company Limited c. Lake Winnipeg*) aux fins de substituer à la méthode fondée sur la compensation utilisée par la Cour d'appel un redressement fondé sur un partage. Les intimés sont condamnés à

the loss of the use of their vessel for a total of 20 days, being the 13 days attributed exclusively to their conduct plus one-half of the fourteen days used to repair damages caused by the respondents and damages attributable to the appellants.

I would dismiss the appeal in *Lake Winnipeg v. Sunrise Company Limited*.

Costs of both the appeals here and below will follow the event.

*Appeal by Sunrise Company Limited and Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd. allowed with costs, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting in part.*

*Appeal by the Ship Lake Winnipeg and Her Owners dismissed with costs.*

*Solicitors for Sunrise Company Limited and Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd.: Brisset, Bishop, Davidson, Montréal.*

*Solicitors for the Ship Lake Winnipeg and Her Owners: McMaster Meighen, Montréal.*

verser aux appelantes des dommages-intérêts pour la perte d'utilisation de leur navire pendant une période totale de 20 jours, c'est-à-dire 13 jours attribués exclusivement à leur conduite, plus la moitié des 14 jours utilisés pour réparer les avaries causées par les intimés et les avaries attribuables aux appelantes.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi *Lake Winnipeg c. Sunrise Company Limited*.

Les dépens des deux pourvois devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure suivront l'issue de la cause.

*Pourvoi de Sunrise Company Limited et Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd. accueilli avec dépens, les juges GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents en partie.*

*Pourvoi du navire Lake Winnipeg et ses propriétaires rejeté avec dépens.*

*Procureurs de Sunrise Company Limited et Ceres Hellenic Shipping Enterprises Ltd.: Brisset, Bishop, Davidson, Montréal.*

*Procureurs du navire Lake Winnipeg et ses propriétaires: McMaster Meighen, Montréal.*

**The Canada Employment and Immigration Commission**

and

**The Deputy Attorney General of Canada** *Appellants*

v.

Alphonse Caron, Georges-Émile Richard, Cyprien Lévesque, Harold Lévesque, Régis Dubé, Michel Giroux, Paul-Henri Guité, Philippe Celant, Jean-Noël Hudon, Roland Poulin, Jacques Boucher, Marc-André Gagnon, Guy Martin, Gilles Lévesque, Lucien Lévesque, Jean Vallée, Giovanni De Falchi, Majorique Arseneault, Herman Crousset, Sylvain Côté, Gilbert Caron, Lionel Caron, Lionel D'Astous, Jean-Paul Landry, Léon-Denis Pelletier, Ghislain St-Pierre, Réjean Gagnon, Donald Gendreau, Gilles Comeau, Roland Jourdain, Louis-Philippe Lavoie, Réal Tremblay, Normand Goulet, Justy Côté, Noël Martel, Mario Gagnon, Marius Caron, Gilles Morin, Guy Poulianne, Guy Caron, Jacques-André Gauthier, Serge Ross, Roger Ratté, Jean-Claude Martel, Jocelyn Dion, Jacques Dupont, Jean-Marc Pineault, Alain Martel, Régis Simard, Jocelyn Pelletier, Bertrand Bouchard, Louis Sénéchal, Lucien Jourdain, Gabriel Dufour, Jean-Claude Bernatchez, Georges Bérubé, Jean-Paul Lamarre, Yvon Tremblay, Fernand Roy, Régis Tremblay, François Camire, Fernand Simard, Normand Coursol, André St-Gelais, Rosaire Delarosbil, Walter Arseneault, William Bourque, Hugues Lévesque, Gérard Ouellet, Alfred Noël, Robert-A. Butland, Carmel Leblanc, Lucien Dionne, Louis-Marie Verreault, Rudolf Bard, Welley Deschesne, Paul-Armand Lagacé, Robert Lefrançois, Clément Ross, Albert Racine, Andréa Roussy, Léopold Marquis, Benoit Gagné,

**La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada**

et

**Le sous-procureur général du Canada** *Appellants*

b c.

Alphonse Caron, Georges-Émile Richard, Cyprien Lévesque, Harold Lévesque, Régis Dubé, Michel Giroux, Paul-Henri Guité, Philippe Celant, Jean-Noël Hudon, Roland Poulin, Jacques Boucher, Marc-André Gagnon, Guy Martin, Gilles Lévesque, Lucien Lévesque, Jean Vallée, Giovanni De Falchi, Majorique Arseneault, Herman Crousset, Sylvain Côté, Gilbert Caron, Lionel Caron, Lionel D'Astous, Jean-Paul Landry, Léon-Denis Pelletier, Ghislain St-Pierre, Réjean Gagnon, Donald Gendreau, Gilles Comeau, Roland Jourdain, Louis-Philippe Lavoie, Réal Tremblay, Normand Goulet, Justy Côté, Noël Martel, Mario Gagnon, Marius Caron, Gilles Morin, Guy Poulianne, Guy Caron, Jacques-André Gauthier, Serge Ross, Roger Ratté, Jean-Claude Martel, Jocelyn Dion, Jacques Dupont, Jean-Marc Pineault, Alain Martel, Régis Simard, Jocelyn Pelletier, Bertrand Bouchard, Louis Sénéchal, Lucien Jourdain, Gabriel Dufour, Jean-Claude Bernatchez, Georges Bérubé, Jean-Paul Lamarre, Yvon Tremblay, Fernand Roy, Régis Tremblay, François Camire, Fernand Simard, Normand Coursol, André St-Gelais, Rosaire Delarosbil, Walter Arseneault, William Bourque, Hugues Lévesque, Gérard Ouellet, Alfred Noël, Robert-A. Butland, Carmel Leblanc, Lucien Dionne, Louis-Marie Verreault, Rudolf Bard, Welley Deschesne, Paul-Armand Lagacé, Robert Lefrançois, Clément Ross, Albert Racine, Andréa Roussy, Léopold Marquis, Benoit Gagné,

Raoul Brochu, Patrice Ouellet, Gérard Tremblay, Charles Gagnon, Léonard Nadeau, Georges Turbide, Léopold Dupont, Wilfrid Dupont, Charles St-Pierre, Raoul Valcourt, Maurice Ross, Yvon Durette, Roland Boulay, Réal Thibeault, Edmond Blaney, Jean-Marie Dufour, Camille Gonthier, Rock Gagné, Jean-Claude Bard, Henri Camire, Adrien Bérubé, Léo-Paul Trottier, Jean-Yves Bourque, Mario Lévesque, Ghislain Ouellet, Gaston Dubé, Gaston Quinn, Jean-Pierre Therrien, Alain D'Amours, Normand Beaucage, Pierre-Paul Bernatchez, Léonidas Gagnon, Louis Migneault, Armand Roy, Jean Tremblay, Roger Dufour, Claude Gaeremynck, Armand Caron, Rodolphe Roussy, Robert Valois, Louis-Marie Charest, Roland Cassitat, Delphis Gallant, Jean-Claude Leblanc, David Macrae, Jean-Yves Pelletier, Gérard Bilodeau, Denis Savard, Yves Normand, Jean-Maurice Boivin, Denis Côté, Berthier Rioux, Gilles Malouin, Jeannot Desbiens, André Joncas, Bernard Vaillancourt, Fernando Desbiens, Marcel Beaudin, Gilles Hamelin, Jacques Lévesque, Marc-Aurèle Fortin, André Boulay, Réjean Chenel, Gaston Leclerc, Claude Bonneau, Mario Gauthier, Marcel Vaillancourt, Jean-Pierre Tremblay, Jean-Charles Bourque, Daniel St-Laurent, Denys Ringuette, Georges Tremblay, Michel Lacasse, Robert Dugas, Jacques Martin, Roger Banville, Jules Barrette, Ghislain Jourdain, Claude Lévesque, Marcel Chouinard, Wilbrod Blanchette, Jacques Vallée, Donald Harrison, Noël Lévesque, Gaétan Gauthier, René Marcoux, Régis Gauthier, Jacques Fouquet, Léon Labrie, Denis Fortin, Marc Bélanger, Allen Morrissette, Michel Dubé, Daniel Roy, Réjean Joubert, Marc-André Ouellet, Laurent Dion, Fernand Bisson, Clément Auger, Berthold St-Pierre, Serge Lavoie, Clermont Rivard, Urbain Moreau,

Raoul Brochu, Patrice Ouellet, Gérard Tremblay, Charles Gagnon, Léonard Nadeau, Georges Turbide, Léopold Dupont, Wilfrid Dupont, Charles St-Pierre, Raoul Valcourt, Maurice Ross, Yvon Durette, Roland Boulay, Réal Thibeault, Edmond Blaney, Jean-Marie Dufour, Camille Gonthier, Rock Gagné, Jean-Claude Bard, Henri Camire, Adrien Bérubé, Léo-Paul Trottier, Jean-Yves Bourque, Mario Lévesque, Ghislain Ouellet, Gaston Dubé, Gaston Quinn, Jean-Pierre Therrien, Alain D'Amours, Normand Beaucage, Pierre-Paul Bernatchez, Léonidas Gagnon, Louis Migneault, Armand Roy, Jean Tremblay, Roger Dufour, Claude Gaeremynck, Armand Caron, Rodolphe Roussy, Robert Valois, Louis-Marie Charest, Roland Cassitat, Delphis Gallant, Jean-Claude Leblanc, David Macrae, Jean-Yves Pelletier, Gérard Bilodeau, Denis Savard, Yves Normand, Jean-Maurice Boivin, Denis Côté, Berthier Rioux, Gilles Malouin, Jeannot Desbiens, André Joncas, Bernard Vaillancourt, Fernando Desbiens, Marcel Beaudin, Gilles Hamelin, Jacques Lévesque, Marc-Aurèle Fortin, André Boulay, Réjean Chenel, Gaston Leclerc, Claude Bonneau, Mario Gauthier, Marcel Vaillancourt, Jean-Pierre Tremblay, Jean-Charles Bourque, Daniel St-Laurent, Denys Ringuette, Georges Tremblay, Michel Lacasse, Robert Dugas, Jacques Martin, Roger Banville, Jules Barrette, Ghislain Jourdain, Claude Lévesque, Marcel Chouinard, Wilbrod Blanchette, Jacques Vallée, Donald Harrison, Noël Lévesque, Gaétan Gauthier, René Marcoux, Régis Gauthier, Jacques Fouquet, Léon Labrie, Denis Fortin, Marc Bélanger, Allen Morrissette, Michel Dubé, Daniel Roy, Réjean Joubert, Marc-André Ouellet, Laurent Dion, Fernand Bisson, Clément Auger, Berthold St-Pierre, Serge Lavoie, Clermont Rivard, Urbain Moreau,

Léopold Lévesque, Gilles St-Laurent, André Dionne, Yvon Brisebois, Gaylan Allaire, Sylvain Tremblay, Floriant Lévesque, Jean-Yves Pépin, Jean-Rock Raymond, Raynald Pineault, Alain Saucier, Jean-Marie Caron, Georges-Aimé Bernier, Dominic Simard, Laurent Desrochers, Langis Brisson, Jean-Charles Comeau, Jeannot Moreau, Gilles Charest, Gaston Marin, Victorien Boulay, Jeannot Vaillancourt, Roberge Duchaine, Armand Côté, Claude Vallée, Denis Therrien, Gérald Delarosbil, Gaston Côté, Yves Côté, Henri Aubrais, Denis Dupont, Réjean Turcotte, Marquis Germain, Benoit Quimper, Réjean Chevarie, Rénald Simard, Serge Dionne, Mario Gauthier, Rémi Bérubé, Jacques Parent, Marc Pelletier, René Pineault, Wilfrid Savard, Julien Cassista, Gérald Dallaire, Ghislain Lepage, Jean-Yves Guimper, Léger Savoie, Robert Lareau, Gilles Desmeules, Bertrand Daraiche, Donald Gagné, Conrad Tremblay, René Blackburn, Réjean Villeneuve, Jacques Mailloux, David Butland, Bernard Gagné, Mario Desbiens, Mario Bédard, Ghislain Durand, Gabriel Dupont, Pierre Roy, Gilbert Gagnon, Laurent Jomphe, Jean-Yves Gendron, Yves Labonté, Daniel Desrosiers, Lionel Valcourt, Jean-Claude Dupuis, Gilles O'Connor, Ghislain Pelletier, Paul Chiasson, Marcel Lévesque, Germain Dufour, Rino Morin, Bermond Blanchette, Roch Ringuette, Gilles D'Amours, Gilles Daraiche, Gervais Dastous, Pierre Drapeau, Camil Brisson, Benoit Landry, Gaétan Gendreau, Gilles Lemelin, Guy Bélanger, Rémy Gaudreault, Paul Talbot, Nelson Parent, Roger Poirier, Angelo Lemieux, Marc Paquet, Normand Huard, Marc Ruest, Pierre Bureau, Alain Morneau, Bruno Potvin, Donald Caron, Michel Collin, Léandre Michaud, Élie Gagnon, Jean-Marc Thibeault, Dominic Perreault, Richard Girard, Normand Nicolas, Roger Côté,

Léopold Lévesque, Gilles St-Laurent, André Dionne, Yvon Brisebois, Gaylan Allaire, Sylvain Tremblay, Floriant Lévesque, Jean-Yves Pépin, Jean-Rock Raymond, Raynald Pineault, Alain Saucier, Jean-Marie Caron, Georges-Aimé Bernier, Dominic Simard, Laurent Desrochers, Langis Brisson, Jean-Charles Comeau, Jeannot Moreau, Gilles Charest, Gaston Marin, Victorien Boulay, Jeannot Vaillancourt, Roberge Duchaine, Armand Côté, Claude Vallée, Denis Therrien, Gérald Delarosbil, Gaston Côté, Yves Côté, Henri Aubrais, Denis Dupont, Réjean Turcotte, Marquis Germain, Benoit Quimper, Réjean Chevarie, Rénald Simard, Serge Dionne, Mario Gauthier, Rémi Bérubé, Jacques Parent, Marc Pelletier, René Pineault, Wilfrid Savard, Julien Cassista, Gérald Dallaire, Ghislain Lepage, Jean-Yves Guimper, Léger Savoie, Robert Lareau, Gilles Desmeules, Bertrand Daraiche, Donald Gagné, Conrad Tremblay, René Blackburn, Réjean Villeneuve, Jacques Mailloux, David Butland, Bernard Gagné, Mario Desbiens, Mario Bédard, Ghislain Durand, Gabriel Dupont, Pierre Roy, Gilbert Gagnon, Laurent Jomphe, Jean-Yves Gendron, Yves Labonté, Daniel Desrosiers, Lionel Valcourt, Jean-Claude Dupuis, Gilles O'Connor, Ghislain Pelletier, Paul Chiasson, Marcel Lévesque, Germain Dufour, Rino Morin, Bermond Blanchette, Roch Ringuette, Gilles D'Amours, Gilles Daraiche, Gervais Dastous, Pierre Drapeau, Camil Brisson, Benoit Landry, Gaétan Gendreau, Gilles Lemelin, Guy Bélanger, Rémy Gaudreault, Paul Talbot, Nelson Parent, Roger Poirier, Angelo Lemieux, Marc Paquet, Normand Huard, Marc Ruest, Pierre Bureau, Alain Morneau, Bruno Potvin, Donald Caron, Michel Collin, Léandre Michaud, Élie Gagnon, Jean-Marc Thibeault, Dominic Perreault, Richard Girard, Normand Nicolas, Roger Côté,

Marc Létourneau, Gilles Martin, Gilles Savard, Jean-Paul Le Guilcher, Denis Beaulieu, Roland Gagnon, Viateur Couturier, Marcel Lévesque, Anicet Tremblay, Mario Dufour, François Boucher, Jean-Guy Nadeau, Rock Boulianne, Mario Gauthier, Normen Gauthier, Georges Gagnon, Bertrand Laprise, André Jean, Marcel Dubé, Normand Bérubé, Gérard Lebouthillier, Gilles Pearson, Gilles Malouin, Réjean Lévesque, Claude Coulombe, Yves Gagnon, Réjean Vallée, Denis Bérubé, Léon Gagnon, Guy Franck, Jocelyn Bourret, Yves Morin, Denis Cassista, Patrice Caron, Benoit Ross, Gilles Gagné, Anaclet Bernatchez, Gaétan Cormier, Camil Dion, Alain Côté, Pierre Lévesque, Sylvain Gagnon, Clermont Dupont, Gino Roy, Pierre Imbeault, Jacques Arseneault, Denis Harrisson, Guy St-Pierre, Jean-Marc Levasseur, Gérard Imbeault, Jean-François Beaudin, Denis Rousseau, Ghislain Fournier, Jacques Lefrançois, Mario Ross, Pierre Martel, Réjean Bonneau, Réjean Dufour, Donald Lévesque, Jean-Pierre Gagné, Marcel Damien, Hosman Fortin, Denis Martin, Serge Rouleau, Donald Bélanger, Denis Guité, Christian D'Astous, Réjean D'Astous, Bernard Arseneault, Réjean Truchon, Gilles Beaudin, Robert Gagnon, Michel Beaulieu, Marcel Bourque, Michel St-Gelais, Gilles Létourneau, Carl Ferlate, Marc Laliberté, Jeannot Gagnon, Jean Robitaille, Roger D'Amours, Alain Coulombe, Rémy Malouin, Jean-Guy Pelletier, Nelson Pelletier, Régis Boulay, Guy Pouliot, Serge Beaudet, Jean Paradis, Donald Lebrun, Michel Millier, Réal Goulet, Claude Valois, Raynald Mimeault, Serge Chouinard, Armand Gaul, Pierre Savard, Pierre Coulombe, Michel Mimeault, Marc-Aurèle Dufour, Gilles Moreau, Richard Perreault, André Roussy, Dany Dufour, Guy Bard, Gaétan Fournier,

Marc Létourneau, Gilles Martin, Gilles Savard, Jean-Paul Le Guilcher, Denis Beaulieu, Roland Gagnon, Viateur Couturier, Marcel Lévesque, Anicet Tremblay, Mario Dufour, François Boucher, Jean-Guy Nadeau, Rock Boulianne, Mario Gauthier, Normen Gauthier, Georges Gagnon, Bertrand Laprise, André Jean, Marcel Dubé, Normand Bérubé, Gérard Lebouthillier, Gilles Pearson, Gilles Malouin, Réjean Lévesque, Claude Coulombe, Yves Gagnon, Réjean Vallée, Denis Bérubé, Léon Gagnon, Guy Franck, Jocelyn Bourret, Yves Morin, Denis Cassista, Patrice Caron, Benoit Ross, Gilles Gagné, Anaclet Bernatchez, Gaétan Cormier, Camil Dion, Alain Côté, Pierre Lévesque, Sylvain Gagnon, Clermont Dupont, Gino Roy, Pierre Imbeault, Jacques Arseneault, Denis Harrisson, Guy St-Pierre, Jean-Marc Levasseur, Gérard Imbeault, Jean-François Beaudin, Denis Rousseau, Ghislain Fournier, Jacques Lefrançois, Mario Ross, Pierre Martel, Réjean Bonneau, Réjean Dufour, Donald Lévesque, Jean-Pierre Gagné, Marcel Damien, Hosman Fortin, Denis Martin, Serge Rouleau, Donald Bélanger, Denis Guité, Christian D'Astous, Réjean D'Astous, Bernard Arseneault, Réjean Truchon, Gilles Beaudin, Robert Gagnon, Michel Beaulieu, Marcel Bourque, Michel St-Gelais, Gilles Létourneau, Carl Ferlate, Marc Laliberté, Jeannot Gagnon, Jean Robitaille, Roger D'Amours, Alain Coulombe, Rémy Malouin, Jean-Guy Pelletier, Nelson Pelletier, Régis Boulay, Guy Pouliot, Serge Beaudet, Jean Paradis, Donald Lebrun, Michel Millier, Réal Goulet, Claude Valois, Raynald Mimeault, Serge Chouinard, Armand Gaul, Pierre Savard, Pierre Coulombe, Michel Mimeault, Marc-Aurèle Dufour, Gilles Moreau, Richard Perreault, André Roussy, Dany Dufour, Guy Bard, Gaétan Fournier,



Jean-Pierre Blanchette, Marc Turbis, Denis Rainville, Claude Grenier, Sabin Lévesque, Richard Perreault, Clément Paradis, Yvan Gagnon, Michel Parent, Claude Gagnon, Alain Martel, André Bissonnette, Luc Giasson, Michel Maltais, Dominic Desbiens, Serge Imbeault, Romain Daraiche, Alain Verreault, André St-Pierre, Donald Gagnon, Régis Bernier, Claude Trépanier, Gilles Foster, Daniel Ongaro, Larry Gough, Gérard Gaudet, Fernand Raymond, Sylvain Dion, H.-Léonard Goguen, Michel Hovington, Jocelyn Tremblay, André Desjardins, Herriuge Proulx, Jean-Claude Bélanger, Jean-Louis Côté, Roger Boulay, André Beaulieu, Gérard Therrien, Marc Dufour, Daniel Martin, Norman Doucet, Mario Arseneault, Luc Gagnon, Michel Ross, Richard Cavanagh, Marc Beaulieu, Roger Morin, Clément Lavoie, Rémi Gagnon, Richard Lavoie, Guy Bernatchez, Rosaire Potvin, Rémi Bourque, André Lévesque, Marc Poirier, Serge Imbeault, Nelson Lecours, Aurèle Imbeault, Adrien St-Gelais, André St-Laurent, Patrice Hickie, Robert Lecours, Jean-Claude Deschesne, Michel Robert, Albini Fournier, Michel Savard, Henri Thorn, Marc Desjardins, Réginald Couture, Michel Girard, Marius D'Astous, Denis Laliberté, Jean-Claude Grand, Serge Fournier, Josué Landry, Nelson Larrivée, Berthier Gauthier, Denis Gauthier, Gaéтан Bélanger, Claude Moisan, Roberto Otis, Robert Béchar, Réjean Doucet, Lorrain Ouellet, Harold Michaud, Camil Devost, Jean-Guy Lechasseur, Denis Paré, Alain Boulay, Daniel Boulay, Claude Rivard, Marco Bovoli, Alain Turbis, André Dick, Tarzan Bérubé, Roland Boulay, Michel-D. Ouellet, Marcel Couturier, Vincent Vallée, Clermont Tremblay, Sylvain Martel, Michel Laberge, Pierre Larouche, Léo Bouchard, Louis-Marie Ouellet, Paul Gervais, Cécil-R. Burton, Gérard Therrien,

Jean-Pierre Blanchette, Marc Turbis, Denis Rainville, Claude Grenier, Sabin Lévesque, Richard Perreault, Clément Paradis, Yvan Gagnon, Michel Parent, Claude Gagnon,  
<sup>a</sup> Alain Martel, André Bissonnette, Luc Giasson, Michel Maltais, Dominic Desbiens, Serge Imbeault, Romain Daraiche, Alain Verreault, André St-Pierre, Donald Gagnon,  
<sup>b</sup> Régis Bernier, Claude Trépanier, Gilles Foster, Daniel Ongaro, Larry Gough, Gérard Gaudet, Fernand Raymond, Sylvain Dion, H.-Léonard Goguen, Michel  
<sup>c</sup> Hovington, Jocelyn Tremblay, André Desjardins, Herriuge Proulx, Jean-Claude Bélanger, Jean-Louis Côté, Roger Boulay, André Beaulieu, Gérard Therrien, Marc Dufour, Daniel Martin, Norman Doucet,  
<sup>d</sup> Mario Arseneault, Luc Gagnon, Michel Ross, Richard Cavanagh, Marc Beaulieu, Roger Morin, Clément Lavoie, Rémi Gagnon, Richard Lavoie, Guy Bernatchez,  
<sup>e</sup> Rosaire Potvin, Rémi Bourque, André Lévesque, Marc Poirier, Serge Imbeault, Nelson Lecours, Aurèle Imbeault, Adrien St-Gelais, André St-Laurent, Patrice Hickie,  
<sup>f</sup> Robert Lecours, Jean-Claude Deschesne, Michel Robert, Albini Fournier, Michel Savard, Henri Thorn, Marc Desjardins, Réginald Couture, Michel Girard, Marius D'Astous, Denis Laliberté, Jean-Claude  
<sup>g</sup> Grand, Serge Fournier, Josué Landry, Nelson Larrivée, Berthier Gauthier, Denis Gauthier, Gaéтан Bélanger, Claude Moisan, Roberto Otis, Robert Béchar, Réjean  
<sup>h</sup> Doucet, Lorrain Ouellet, Harold Michaud, Camil Devost, Jean-Guy Lechasseur, Denis Paré, Alain Boulay, Daniel Boulay, Claude Rivard, Marco Bovoli, Alain Turbis, André  
<sup>i</sup> Dick, Tarzan Bérubé, Roland Boulay, Michel-D. Ouellet, Marcel Couturier, Vincent Vallée, Clermont Tremblay, Sylvain Martel, Michel Laberge, Pierre Larouche,  
<sup>j</sup> Léo Bouchard, Louis-Marie Ouellet, Paul Gervais, Cécil-R. Burton, Gérard Therrien,

**Jude Gauthier, Henri-Claude Perron, Jude Lapointe, Bernard St-Gelais, Claude Soucy, Denis Tremblay, Réjean Otis, Harold Girard, Rénald Deschesnes, Dominic St-Hilaire, Paul Malenfant, Donald Gagnon, Alain Côté, Paul Talbot, Denis Tremblay, Denis Boudreault, Jules Therrien, Denis Langlois, Éric Langlois, Serge Beaudoin, Bernard Beaulieu, Danny Marcil, Gaston Dubé, Clément Giasson, Éric Ross, Bernard Courcy, Yves Hamel, Renaud Rousseau, Michel Raymond, Mario Dufour, Normen Gauthier, Leslie Bellany, Marc Poirier and Claude Coulombe** *Respondents*

INDEXED AS: CARON v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION)

File No.: 21188.

1990: December 10; 1991: January 17.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Unemployment insurance — Labour disputes — Meaning of phrase “termination of the stoppage of work” in s. 44(1)(a) of Unemployment Insurance Act, 1971 — Workers gradually recalled for work following settlement of labour dispute — Date on which workers not immediately recalled for work eligible for unemployment insurance benefits.*

The employees of an aluminum plant were locked out by their employer following a labour dispute. A collective agreement and a memorandum governing the return to work was signed on March 29, 1986, and 970 of the approximately 1430 workers immediately reported to the plant. The remaining workers were gradually recalled for work. The appellant Commission held that these workers were only eligible for unemployment insurance benefits as of May 17, 1986. Under s. 44(1)(a) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, “[a] claimant who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute . . . is not entitled to receive benefit until the termination of the stoppage of work”. On appeal, the Board of Referees concluded that the stoppage of work terminated on April 26. At that time, 71% of the production had been reached and 90% of employees had been recalled. On further appeal,

**Jude Gauthier, Henri-Claude Perron, Jude Lapointe, Bernard St-Gelais, Claude Soucy, Denis Tremblay, Réjean Otis, Harold Girard, Rénald Deschesnes, Dominic St-Hilaire, Paul Malenfant, Donald Gagnon, Alain Côté, Paul Talbot, Denis Tremblay, Denis Boudreault, Jules Therrien, Denis Langlois, Éric Langlois, Serge Beaudoin, Bernard Beaulieu, Danny Marcil, Gaston Dubé, Clément Giasson, Éric Ross, Bernard Courcy, Yves Hamel, Renaud Rousseau, Michel Raymond, Mario Dufour, Normen Gauthier, Leslie Bellany, Marc Poirier et Claude Coulombe** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CARON c. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N<sup>o</sup> du greffe: 21188.

1990: 10 décembre; 1991: 17 janvier.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Assurance-chômage — Conflits collectifs — Sens de l'expression «fin de l'arrêt du travail» à l'art. 44(1)a de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — Employés rappelés graduellement au travail après le règlement d'un conflit collectif — Date à laquelle les employés qui n'ont pas été rappelés immédiatement au travail deviennent admissibles aux prestations d'assurance-chômage.*

À la suite d'un conflit collectif, les employés d'une usine d'aluminium ont été mis en lock-out par leur employeur. Le 29 mars 1986, une convention collective et un protocole de retour au travail ont été signés et 970 des quelque 1 430 employés se sont immédiatement présentés au travail. Les autres employés ont été graduellement rappelés au travail. La Commission appelante a décidé que ces employés n'avaient droit aux prestations qu'à partir du 17 mai 1986. Selon l'al. 44(1)a de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, «[u]n prestataire qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif [. . .] n'est pas admissible au bénéfice des prestations tant que ne s'est pas réalisée l'une des éventualités suivantes, à savoir, [. . .] la fin de l'arrêt du travail». En appel, le Conseil arbitral a conclu que l'arrêt de travail s'était terminé le 26 avril 1986. À cette date, la production atteignait 71% de la production nor-

the Umpire affirmed the Board's decision. The majority of the Federal Court of Appeal allowed the workers' application to review and set aside the Umpire's decision. It held that the workers in this case were entitled to benefits as of March 29. It found that what characterizes the s. 44(1)(a) work stoppage and distinguishes it from the claimant's loss of employment is the aspect of "intent": a work stoppage due to a labour dispute always results from the fact that one or other of the parties to a contract of service does not wish to perform it; loss of employment is independent of intent. Thus, a work stoppage attributable to a labour dispute cannot continue after the point at which the parties to a dispute have indicated a desire to resume performance of their contracts of service and have, in fact, resumed such performance. The majority noted that this new interpretation of s. 44(1)(a) was appropriate in view of the Supreme Court's judgments in *Abrahams* and *Hills*. The dissenting judge affirmed the view of the Umpire.

*Held* (Sopinka and Stevenson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The position of the majority of the Federal Court of Appeal is substantially agreed with. Nothing in s. 44(1) of the Act supports the use of criteria such as particular levels of production, and the return to work of a particular number of employees, in the interpretation of the words "termination of the stoppage of work". While the majority reasons should not be read as stating that the end of a labour dispute necessarily implies the termination of a stoppage of work in every case, the majority properly concluded in this case that March 29 was the day of the termination of the stoppage of work.

*Per* Sopinka and Stevenson JJ. (dissenting): The analysis of the dissenting judge in the Federal Court of Appeal is substantially agreed with. Section 44(1) of the Act reflects the principle of neutrality of the state in labour disputes. Commission funds are not to be used to alleviate the consequences of a labour dispute. Neutrality requires that those funds should not be available to the striking or locked-out workers until the resulting stoppage is at an end. Those consequences, for the employees as well as for the employer, last until the work affected is no longer stopped and the production has come back to normal. Until that point, the employee's loss of employment is attributable to a labour dispute. The decisions of this Court in *Abrahams* and *Hills* do

male et 90% des employés avaient été rappelés. À la suite d'un nouvel appel, le juge-arbitre a confirmé la décision du Conseil. La majorité de la Cour d'appel fédérale a accueilli la demande d'examen et d'annulation de la décision du juge-arbitre, présentée par les employés. Elle a décidé que les travailleurs en l'espèce avaient droit aux prestations à partir du 29 mars. Elle a conclu que ce qui caractérise un arrêt de travail au sens de l'al. 44(1)a) et ce qui le distingue de la perte de l'emploi du prestataire est l'aspect «volonté»: un arrêt de travail dû à un conflit collectif provient toujours du fait que l'une ou l'autre des parties au contrat de louage de services ne veut pas l'exécuter; la perte d'emploi est un phénomène indépendant de la volonté. Donc un arrêt de travail dû à un conflit collectif ne peut subsister après le moment où les parties au conflit ont manifesté le désir de recommencer l'exécution de leurs contrats de louage de services et ont, en fait, recommencé cette exécution. La majorité a indiqué que cette nouvelle interprétation de l'al. 44(1)a) était légitime compte tenu des arrêts *Abrahams* et *Hills* de la Cour suprême du Canada. Le juge dissident a adopté le point de vue du juge-arbitre.

*Arrêt* (les juges Sopinka et Stevenson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: La position de la majorité de la Cour d'appel fédérale est retenue pour l'essentiel. Rien au par. 44(1) de la Loi n'appuie l'emploi de critères tels les divers niveaux de production et le retour au travail d'un nombre donné d'employés aux fins d'interpréter les mots «fin de l'arrêt du travail». Les motifs de la majorité ne signifient pas que la fin d'un conflit collectif implique nécessairement, dans chaque cas, la fin d'un arrêt de travail, mais la majorité a eu raison de conclure qu'en l'espèce la fin de l'arrêt du travail est survenue le 29 mars.

*Les* juges Sopinka et Stevenson (dissidents): L'analyse du juge dissident en Cour d'appel fédérale est retenue pour l'essentiel. Le paragraphe 44(1) de la Loi exprime le principe de la neutralité de l'État dans les conflits collectifs. Les fonds de la Commission ne doivent pas être utilisés pour atténuer les conséquences d'un conflit collectif. La neutralité exige que ces fonds ne soient pas mis à la disposition des travailleurs en grève ou en lock-out tant que l'arrêt de travail n'est pas terminé. Ces conséquences, pour les employés autant que pour l'employeur, prévalent tant que l'arrêt de travail n'est pas terminé et que la production n'est pas revenue à la normale. Jusqu'à ce moment-là, la perte d'emploi est attribuable à un conflit collectif. Les arrêts

not mandate any reversal of the previously settled case law under the section in question.

### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513.

By Stevenson J. (dissenting)

*Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513.

### Statutes and Regulations Cited

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 [now R.S.C., 1985, c. F-7], s. 28.

*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 44(1) [now the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 31(1) [rep. & sub. 1990, c. 40, s. 23]].

*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1576, s. 49 [rep. & sub. SOR/90-756, s. 13].

*Unemployment Insurance Regulations, amendment*, SOR/90-756, s. 13.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 1 F.C. 628, 55 D.L.R. (4th) 274, 91 N.R. 1, 89 CLLC ¶ 14027, granting respondents' application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the decision of an umpire under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, CUB-14267. Appeal dismissed, Sopinka and Stevenson JJ. dissenting.

*Claude Joyal and Johanne Levasseur*, for the appellants.

*Guy Martin, Georges Campeau and François Lamoureux*, for the respondents.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal concerns the entitlement of certain workers to unemployment in-

*Abrahams et Hills* de notre Cour n'exigent pas le renversement de la jurisprudence antérieure établie en vertu de l'article en question.

### a Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

Citée par le juge Stevenson (dissident)

*Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

### Lois et règlements cités

*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 44(1) [maintenant *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 31(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 40, art. 23]].

*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10 [maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7], art. 28.

*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C. 1978, ch. 1576, art. 49 [abr. & rempl. DORS/90-756, art. 13].

*Règlement sur l'assurance-chômage — Modification*, DORS/90-756, art. 13.

f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 1 C.F. 628, 55 D.L.R. (4th) 274, 91 N.R. 1, 89 CLLC ¶ 14027, qui a accueilli la demande des intimés, fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour obtenir l'examen et l'annulation de la décision rendue par un juge-arbitre en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, CUB-14267. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Stevenson sont dissidents.

h *Claude Joyal et Johanne Levasseur*, pour les appelants.

i *Guy Martin, Georges Campeau et François Lamoureux*, pour les intimés.

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin a été rendu par

j LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Cet appel a trait au droit de certains travailleurs à des prestations

insurance benefits. The legislation applicable to this case is the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (the "Act"), now the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1. The respondents were all workers who were "locked out" by their employer during a labour dispute. Their claim for unemployment insurance benefits depends on the interpretation of s. 44(1) of the Act (now s. 31(1), recently amended by S.C. 1990, c. 40, s. 23), which reads:

44. (1) A claimant who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute at the factory, workshop or other premises at which he was employed is not entitled to receive benefit until

- (a) the termination of the stoppage of work,
- (b) he becomes *bona fide* employed elsewhere in the occupation that he usually follows, or
- (c) he has become regularly engaged in some other occupation,

whichever event first occurs.

This appeal concerns specifically the meaning of the phrase, "termination of the stoppage of work" in s. 44(1)(a). When the stoppage of work was terminated, then the respondents became eligible for benefits. When did the stoppage of work terminate?

The facts are not in dispute. The respondents were employed in an aluminum plant by the Reynolds Canadian Metal Company Limited (the "Company") in Baie Comeau, P.Q. Beginning in December 1985, the Company and the National Union of Aluminum Workers at Baie Comeau (the "Union"), representing the workers, were negotiating a new collective agreement. On March 3, 1986, the Company ordered a lockout of the workers. The Company and the Union recommenced intense negotiations to resolve the dispute. During the lockout, only three of the eight production areas in which aluminum vats are situated remained operational, and these were staffed by management personnel. As a result, production levels were significantly diminished.

In the early hours of March 29, the negotiations resulted in a settlement and the parties signed a collec-

d'assurance-chômage. La loi applicable en l'espèce est la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 (la «Loi»), maintenant la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1. Les intimés sont tous des travailleurs touchés par le «lock-out» décrété par leur employeur durant un conflit de travail. Leur droit aux prestations d'assurance-chômage dépend de l'interprétation du par. 44(1) de la Loi (maintenant le par. 31(1), récemment modifié par L.C. 1990, ch. 40, art. 23) qui se lit:

44. (1) Un prestataire qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif à l'usine, à l'atelier ou en tout autre local où il exerçait un emploi n'est pas admissible au bénéfice des prestations tant que ne s'est pas réalisée l'une des éventualités suivantes, à savoir:

- a) la fin de l'arrêt du travail,
- b) son engagement de bonne foi à un emploi exercé ailleurs dans le cadre de l'occupation qui est habituellement la sienne,
- c) le fait qu'il s'est mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière.

Le présent pourvoi concerne plus particulièrement l'interprétation des mots «fin de l'arrêt du travail» à l'al. 44(1)a). Lorsque l'arrêt du travail a pris fin, les intimés devenaient alors admissibles aux prestations. Quand l'arrêt du travail a-t-il pris fin?

Les faits ne sont pas contestés. Les intimés travaillaient à l'usine d'aluminium de la Société canadienne des métaux Reynolds Limitée (la «compagnie») à Baie Comeau (Québec). À partir de décembre 1985, la compagnie et le Syndicat national des employés de l'aluminium de Baie Comeau (le «syndicat»), qui représentait les travailleurs, négociaient une nouvelle convention collective. Le 3 mars 1986, la compagnie décrétait un lock-out. La compagnie et le syndicat reprirent d'intenses négociations afin de résoudre le différend. Durant le lock-out, seulement trois des huit salles de production dans lesquelles se trouvent les cuves d'aluminium sont demeurées en marche, desservies par le personnel cadre. En conséquence, le niveau de production baissa de façon significative.

Dans les premières heures du 29 mars, les négociations ont abouti à un règlement et les parties ont signé

tive agreement and a memorandum governing the return to work. The workers were recalled and at 8 o'clock that morning, 970 of the approximately 1430 workers reported to the plant.

It is evident that some 460 workers were unable to start working immediately after the end of negotiations. Put simply, production in an aluminum plant cannot quickly return to normal levels after a period of idleness. Time must be taken to prepare the machinery for full operational use. So some workers must wait several days or weeks before reporting for work. The case before this Court poses the question of when these workers become eligible for unemployment insurance benefits.

The Commission itself originally decided that the workers would be extended benefits as of May 17, 1986. The workers appealed this result to a Board of Referees, which altered the date to April 26. The three-member Board decided that [TRANSLATION] “[t]he stoppage of work was not necessarily connected with the signing of the collective agreement and the memorandum governing the return to work. After examining the documents . . . , the Board was of the view that there was substantial production (71%) and a 90% recall of the employees. The Board thus concluded that the stoppage of work occurred on April 26.” (The reference to the “stoppage of work” in the Board’s decision was evidently intended to mean “the termination of the stoppage of work”.)

An appeal against this decision was launched as of right to the Umpire. Dubé J. heard the appeal and took the same approach as the Board. Dubé J. recognized that the figures of production and employees which were used to determine the end of a work stoppage were useful guides, although they were not (in his word) [TRANSLATION] “magic”. Taking into account all the facts before the Board, he did not interfere with the Board’s date of April 26: CUB-14267.

An application was then made to the Federal Court of Appeal, under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (now R.S.C., 1985, c. F-7). The Federal Court of Appeal by a majority

une convention collective et un protocole de retour au travail. Les travailleurs ont été rappelés au travail et à 8 heures ce même matin, 970 des quelque 1430 travailleurs se rapportaient à l’usine.

Il est évident que quelque 460 travailleurs n’ont pu reprendre le travail immédiatement après la fin des négociations pour la simple raison que la production dans une usine d’aluminium ne peut facilement revenir à un niveau normal après une période d’inaction. Un certain laps de temps est nécessaire pour permettre à la machinerie de reprendre son plein rendement. Un certain nombre de travailleurs doit donc attendre plusieurs jours, ou même semaines, avant d’être rappelés au travail. La présente affaire pose la question du moment où ces travailleurs deviennent admissibles aux prestations d’assurance-chômage.

La Commission a, elle-même à l’origine, décidé que les travailleurs avaient droit aux prestations à partir du 17 mai 1986. Les travailleurs en ont appelé au Conseil arbitral, qui ramenait la date au 26 avril. Le Conseil, formé de trois membres, décidait que «[l]’arrêt de travail n’est pas nécessairement lié par (*sic*) la signature de la convention et du protocole de retour au travail. Après avoir examiné les pièces [. . .], le Conseil croit qu’il y a eu une production appréciable (71%) et un rappel des employés de 90%. Le Conseil en vient donc à la conclusion que l’arrêt de travail s’est produit le 26 avril 1986.» (En utilisant l’expression «arrêt de travail», le Conseil arbitral entendait évidemment référer à «la fin de l’arrêt du travail».)

Un appel de plein droit fut logé devant un juge-arbitre. Le juge Dubé entendit l’appel et confirmait la façon de voir du Conseil arbitral. Le juge Dubé a reconnu que la formule du volume de production et du nombre d’employés retournés au travail était une mesure utile pour déterminer la fin de l’arrêt du travail, même si elle n’était pas «magique». Prenant en considération tous les faits devant le Conseil arbitral, le juge-arbitre n’a pas modifié la date du 26 avril fixée par le Conseil arbitral: CUB-14267.

Une demande d’examen et d’annulation fut logée en vertu de l’art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7). La Cour d’appel fédérale à la majo-

(Hugessen and Desjardins JJ.) found the workers entitled to benefits beginning on the day when (in this case) the collective agreement and the memorandum governing the return to work were signed, and a number of the workers returned to work. That day was March 29. Marceau J., in dissent, would have affirmed the view of the Umpire Dubé J. The Federal Court of Appeal's reasons, delivered July 12, 1988, are now published at [1989] 1 F.C. 628.

The majority gave an interpretation to s. 44 which, in their view, better accorded with the text of the legislation, and posed this question (at p. 638):

How can it be said that there is still an "*arrêt de travail*" (the English word "stoppage" seems even stronger) when on the one hand, the employer has agreed to call its employees back to work, and on the other hand the latter have agreed to return and have in fact returned to work, at least in part? The facts of the case at bar are a striking illustration of this: if there was still a work stoppage at the Reynolds company's operations on March 29, 1986, then what were the 970 people who returned on that date doing?

The majority noted that s. 44(1) creates a chain of causation: a labour dispute may cause a stoppage of work to a group of employees, and the stoppage of work in turn may cause a loss of employment to an individual. The difficulty arises when the stoppage of work is over, and the second effect (the individual's loss of employment) persists.

The majority reasoned as follows, at p. 639:

... what essentially characterizes the section 44 work stoppage and distinguishes it from the claimant's loss of employment is the aspect of "intent": a work stoppage due to a labour dispute always results from the fact that one or other of the parties to a contract of service does not wish to perform it. If it is the employer who feels this way, the stoppage is called a lockout; if it is the employees who refuse to provide their services, it is called a strike. In either case it is the lack of intent which is the essence of the work stoppage. The loss of employment, on the other hand, is a phenomenon completely independent of intent, which is capable of affecting both those directly involved in the work stoppage, the strikers or employees who are locked out, and those who are not in

rité (les juges Hugessen et Desjardins) décidait que les travailleurs avaient droit aux prestations d'assurance-chômage à partir du moment où (en l'espèce) la convention collective et le protocole de retour au travail avaient été signés et nombre de travailleurs étaient retournés au travail, soit le 29 mars. Le juge Marceau, dissident, aurait confirmé la décision du juge-arbitre Dubé. Les motifs de la Cour d'appel fédérale, rendus le 12 juillet 1988, sont maintenant publiés à [1989] 1 C.F. 628.

La majorité donnait à l'art. 44 une interprétation qui, dans leur opinion, collait mieux au texte de loi et posait la question suivante à la p. 638:

Comment peut-on dire qu'il y a encore arrêt de travail (le mot anglais «*stoppage*» nous paraît même plus fort) alors que, d'une part, l'employeur accepte de rappeler ses employés au travail et, d'autre part, ces derniers ont accepté d'entrer et en fait sont entrés, au moins en partie, au travail? Les faits de la présente affaire sont éloquentes à cet égard; s'il y avait encore arrêt de travail chez la Société Reynolds le 29 mars 1986, que faisaient alors les 970 personnes qui sont entrées ce jour-là?

La majorité notait que le par. 44(1) créait une chaîne de causalité: un conflit de travail peut causer un arrêt du travail à un groupe d'employés et l'arrêt du travail peut à son tour causer une perte d'emploi à un individu. La difficulté survient lorsque l'arrêt du travail se termine et l'effet secondaire (la perte d'emploi individuelle) persiste.

Dans l'opinion de la majorité, à la p. 639:

... ce qui caractérise essentiellement l'arrêt de travail de l'article 44 et le distingue de la perte de l'emploi du prestataire est l'aspect «volonté»: un arrêt de travail dû à un conflit collectif provient toujours du fait que l'une ou l'autre des parties au contrat de louage de services ne veut pas l'exécuter. S'il s'agit de la partie patronale, on appelle l'arrêt un lockout; dans le cas où ce sont les employés qui refusent de fournir leurs services, on parle d'une grève. Dans l'un ou l'autre cas c'est le manque de volonté qui constitue l'essence de l'arrêt de travail. La perte d'emploi, par contre, est un phénomène complètement indépendant de la volonté, qui est susceptible de toucher tant ceux qui sont directement impliqués dans l'arrêt de travail, les grévistes ou les employés qui font

any way concerned but who have lost their employment as a result nevertheless.

In light of this analysis, we feel it cannot be said that a work stoppage attributable to a labour dispute can continue in being after the point at which the parties to the dispute have indicated a desire to resume performance of their contracts of service and have in fact resumed such performance.

Therefore, the change in intention marked the end of the work stoppage, and this coincided in this case with the signing of the collective agreement on March 29. While the majority recognized that this was a novel interpretation of s. 44(1)(a) for the Canadian legislation, as well as for similar provisions under the American and United Kingdom statutes, Hugessen and Desjardins JJ. decided this was appropriate in view of the judgments of this Court in *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, and *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513. The majority also noted that this was in keeping with the broader purpose of the Act, which is to assist persons who are involuntarily unemployed.

Marceau J. dissented, finding that there was no reason to depart from the precedents solely on the basis of *Abrahams* or *Hills*. Marceau J. found various policy arguments in favour of the existing case law. He would have affirmed the view of the Umpire.

I am in substantial agreement with the position of the majority in the Federal Court of Appeal. Nothing in the legislation (as it read at the time) supports the use of criteria such as particular levels of production, and the return to work of a particular number of employees, in the interpretation of the words "termination of the stoppage of work". And although there were suggestions otherwise, I do not read the majority reasons as stating that the end of a labour dispute necessarily implies the termination of a stoppage of work in every case. Although the end of the labour dispute and the termination of the stoppage of work occurred on the same day in this case, this may not be the situation in other cases. In my opinion, the major-

l'objet du lockout, que ceux qui n'y sont aucunement intéressés mais qui ont quand même perdu leurs emplois en conséquence.

Or, à la lumière de cette analyse, il nous semble impossible de soutenir qu'un arrêt de travail dû à un conflit collectif puisse subsister après le moment où les parties au conflit ont manifesté le désir de recommencer l'exécution de leurs contrats de louage de services et ont, en fait, recommencé cette exécution.

C'est donc le changement d'intention qui a marqué la fin de l'arrêt du travail et ceci a coïncidé en l'instance avec la signature, le 29 mars, de la convention collective. Bien que la majorité ait reconnu qu'il s'agissait là d'une interprétation nouvelle de l'al. 44(1)(a) de la loi canadienne, tout comme de dispositions similaires dans les statuts américains et anglais, les juges Hugessen et Desjardins ont décidé que cette interprétation était légitime au regard des arrêts de notre Cour dans *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, et *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513. La majorité notait aussi que cette interprétation était conforme à l'objectif large de la Loi, qui est de venir en aide aux personnes involontairement sans emploi.

Le juge Marceau, dissident, a trouvé qu'il n'y avait pas de raison d'ignorer des précédents uniquement sur la base des arrêts *Abrahams* ou *Hills*. Le juge Marceau a fait état de plusieurs arguments de principe (*policy*) favorisant la jurisprudence existante. Il aurait confirmé la décision du Conseil arbitral.

Je suis substantiellement d'accord avec la position de la majorité de la Cour d'appel fédérale. Rien dans la Loi (telle qu'elle se lisait à l'époque) n'appuie l'usage de critères, tels les divers niveaux de production et le retour au travail d'un nombre quelconque d'employés, aux fins d'interpréter les mots «fin de l'arrêt du travail». Même si on l'a suggéré, je ne lis pas les motifs de la majorité comme laissant entendre que la fin d'un conflit de travail implique nécessairement, dans chaque cas, la fin d'un arrêt du travail. Bien que la fin du conflit de travail et la fin de l'arrêt du travail aient coïncidé dans la présente instance, il pourrait en être autrement dans d'autres cas. À mon avis, la majorité de la Cour d'appel fédérale a eu rai-



ity of the Federal Court of Appeal properly concluded that in this situation, March 29 was the day of the termination of the stoppage of work.

While this is sufficient to dispose of this appeal, one other matter should be addressed. At the hearing before this Court, the question of the standard of review under s. 28 of the *Federal Court Act* was raised. As this was not an issue raised in the courts below, and the respondents submitted that a consideration of the issue would completely change the focus of this appeal, this Court decided that it would not hear the parties on this question.

In summary, I would dismiss the appeal with costs and send the matter back to the Canada Employment and Immigration Commission so that it can assess each individual claim as of March 29, 1986.

The reasons of Sopinka and Stevenson JJ. were delivered by

STEVENSON J. (dissenting)—I have read the judgment of my colleague Justice L'Heureux-Dubé and respectfully disagree with her conclusion.

On November 1, 1990, following the decision of the Federal Court of Appeal in the case at bar, the regulations under the legislation in question have been amended to reflect the conclusion of the Board of Referees, the Umpire and Marceau J. dissenting in the Court of Appeal (see s. 49 of the *Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1576, as amended by s. 13 of the *Unemployment Insurance Regulations, amendment*, SOR/90-756, which states that the stoppage of work is terminated when the work-force and the level of production attains 85 per cent of their normal level). There is therefore nothing to be gained from a detailed analysis of the legislation as it stood before those amendments.

I am in substantial agreement with the analysis of the dissenting judge, Marceau J. The decisions of this Court in *Abrahams v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 2, and *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, do not mandate any

son de conclure qu'ici la fin de l'arrêt du travail est survenue le 29 mars.

<sup>a</sup> Même si cela suffit pour disposer de ce pourvoi, il reste un autre point à couvrir. À l'audience devant notre Cour, la question du standard de révision en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été soulevée. Comme cette question n'avait pas été soulevée devant les tribunaux d'instance inférieure et que les intimés ont fait valoir qu'un débat sur cette question était de nature à changer complètement le focus de l'appel, nous avons décidé de ne pas entendre les parties sur ce point.

<sup>b</sup> En bref, je rejetterais l'appel avec dépens et je retournerais le dossier à la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada afin qu'elle puisse évaluer chaque réclamation individuelle à partir du 29 mars 1986.

<sup>c</sup> Version française des motifs des juges Sopinka et Stevenson rendus par

<sup>d</sup> LE JUGE STEVENSON (dissident)—J'ai lu les motifs de jugement de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et, avec égards, je ne suis pas d'accord avec sa conclusion.

<sup>e</sup> Le 1<sup>er</sup> novembre 1990, suivant l'arrêt de la Cour d'appel fédérale en l'espèce, le règlement pris en application de la loi en cause a été modifié de façon à correspondre à la conclusion du Conseil arbitral, du juge-arbitre et du juge Marceau, dissident en Cour d'appel (voir l'art. 49 du *Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C. 1978, ch. 1576, modifié par l'art. 13 du *Règlement sur l'assurance-chômage—Modification*, DORS/90-756, qui dispose que l'arrêt de travail prend fin lorsque le nombre d'employés et les activités reliées à la production atteignent 85 p. 100 de leur niveau normal). L'analyse détaillée de la loi telle qu'elle existait avant ces modifications n'apportera donc rien de plus.

<sup>f</sup> Je suis pour l'essentiel d'accord avec l'analyse que fait le juge Marceau en dissidence. Les arrêts de notre Cour *Abrahams c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 2, et *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, n'exigent aucun renver-

reversal of the previously settled case law under the section in question.

The section reflects the principle of neutrality of the state in labour disputes. Commission funds are not to be used to alleviate the consequences of a labour dispute. Neutrality requires that those funds should not be available to the striking or locked-out workers until the resulting stoppage is at an end. Those consequences, for the employees as well as for the employer, last until the work affected is no longer stopped and the production has come back to normal. Until that point, the employee's loss of employment is attributable to a labour dispute. The proper interpretation of the legislation requires only an answer to the question: was the loss of employment the consequence of a strike or lock-out? The legislation does not, as it might have, end the disqualification with the resolution of the dispute, but, chooses to end it with the ending of the stoppage.

I would, therefore, allow the appeal.

*Appeal dismissed with costs, SOPINKA and STEVENSON JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellants: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents: Sauvé, Ménard & Associés, Montréal.*

sement de la jurisprudence antérieure établie en vertu de l'article en question.

L'article exprime le principe de la neutralité de l'état dans les conflits du travail. Les fonds de la Commission ne doivent pas être utilisés pour atténuer les conséquences d'un conflit collectif. La neutralité exige que ces fonds ne soient pas mis à la disposition des travailleurs en grève ou en lock-out tant que l'arrêt de travail n'est pas terminé. Ces conséquences, pour les employés autant que pour l'employeur, prévalent tant que l'arrêt de travail n'est pas terminé et que la production n'est pas revenue à la normale. Jusqu'à ce moment-là, la perte d'emploi de l'employé est attribuable à un conflit collectif. Pour bien interpréter la loi, il suffit de répondre à la question suivante: la perte d'emploi est-elle la conséquence d'une grève ou d'un lock-out? La loi ne fixe pas, comme elle aurait pu le faire, la fin de la période d'exclusion à la date de la résolution du conflit, elle choisit de la faire coïncider avec la fin de l'arrêt de travail.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges SOPINKA et STEVENSON sont dissidents.*

*Procureur des appelants: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs des intimés: Sauvé, Ménard & Associés, Montréal.*

**Chief Howard Lawrence Wale (on his own behalf and on behalf of all the members of the Gitanmaax Band), Chief Glenford Williams (on his own behalf and on behalf of all the members of the Gitwangak Band), Chief Arthur Lawrence Wilson (on his own behalf and on behalf of all the members of the Kispiox Band), Chief Daniel Mitchell (on his own behalf and on behalf of all the members of the Moricetown Band), and The Gitksan-Wet'suwet'en Tribal Council Association** *Appellants*

v.

**The Attorney General of British Columbia** *Respondent*

INDEXED AS: WALE v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20300.

1991: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Injunction — Interlocutory injunction restraining appellants and members of their bands from fishing in accordance with Tribal Council by-laws — Fisheries by-laws about to come into effect — Negotiations for co-management scheme continuing — Application to continue injunction granted — Court of Appeal not interfering with injunction.*

*Indians — Fisheries — Negotiations continuing for co-management scheme — Tribal Council fisheries by-laws about to come into effect — Ex parte interlocutory injunction restraining appellants and members of their bands from fishing pursuant to by-laws in question — Application to continue injunction granted — Court of Appeal not interfering with injunction.*

**Chef Howard Lawrence Wale (en son nom et au nom de tous les membres de la bande Gitanmaax), chef Glenford Williams (en son nom et au nom de tous les membres de la bande Gitwangak), chef Arthur Lawrence Wilson (en son nom et au nom de tous les membres de la bande Kispiox), chef Daniel Mitchell (en son nom et au nom de tous les membres de la bande Moricetown) et la Gitksan-Wet'suwet'en Tribal Council Association** *Appellants*

c.

c.

**Le procureur général de la Colombie-Britannique** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: WALE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)

e N° du greffe: 20300.

1991: 21 janvier.

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

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

g.

*Injonction — Injonction interlocutoire interdisant aux appelants et aux membres de leurs bandes de pêcher, conformément aux règlements administratifs du conseil tribal — Règlements administratifs sur les pêches devant bientôt entrer en vigueur — Négociations relatives à un régime de cogestion se poursuivant — Demande de prorogation de l'injonction accordée — La Cour d'appel n'a pas modifié l'injonction.*

*Indiens — Pêches — Négociations relatives à un régime de cogestion se poursuivant — Règlements administratifs du conseil tribal sur les pêches devant bientôt entrer en vigueur — Injonction interlocutoire ex parte interdisant aux appelants et aux membres de leurs bandes de pêcher, conformément aux règlements en question — Demande de prorogation de l'injonction accordée — La Cour d'appel n'a pas modifié l'injonction.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Proudfoot J. continuing an interlocutory injunction granted by her on an *ex parte* application. Appeal dismissed.

*Stuart Rush and Murray Adams, for the appellants.*

*Christopher Harvey, Q.C., and Stephen Best, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We need not hear from you, Mr. Harvey and Mr. Best. The Court is ready to hand down judgment now.

We find no error in the Court of Appeal's not interfering with the disposition made by the Chambers Judge. The appeal is accordingly dismissed, costs in the cause.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellants: Stuart Rush, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté un appel contre une décision du juge Proudfoot, qui avait prorogé une injonction interlocutoire qu'elle avait accordée sur demande *ex parte*. Pourvoi rejeté.

*Stuart Rush et Murray Adams, pour les appelants.*

*Christopher Harvey, c.r., et Stephen Best, pour l'intimé.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>es</sup> Harvey et Best. La Cour est prête à rendre jugement séance tenante.

D'après nous, la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en ne modifiant pas la décision du juge en chambre. Le pourvoi est donc rejeté, avec dépens à suivre.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur des appelants: Stuart Rush, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

**Nipawin and District Satellite T.V. Inc. and  
Sylvester N. Zanyk** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NIPAWIN AND DISTRICT SATELLITE  
T.V. INC.

File No.: 20948.

1991: January 22.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,  
Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

*Communication law — Broadcasting — Meaning of  
phrase “broadcasting undertaking” in the Radio and  
Broadcasting Acts — Radio Act, R.S.C. 1970, c. R-1,  
ss. 2, 11 — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11,  
ss. 2, 29.*

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan  
Court of Appeal (1988), 65 Sask. R. 151, [1988]  
4 W.W.R. 375, 42 C.C.C. (3d) 32, allowing the  
Crown's appeal from a judgment of Armstrong  
J. (1987), 63 Sask. R. 290, [1988] 1 W.W.R. 90, af-  
firming the appellants' acquittal on charges contrary  
to s. 11(1) of the *Radio Act* and s. 29(3) of the *Broad-  
casting Act*. Appeal dismissed.

*James Taylor, Q.C.*, for the appellants.

*Horst H. Dahlem, Q.C.*, *Avrum Cohen* and *William  
Howard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—We are all of the view that the ap-  
peal should be dismissed for the reasons given by  
Vancise J.A. in the Saskatchewan Court of Appeal.  
There shall be no order as to costs.

**Nipawin and District Satellite T.V. Inc. et  
Sylvester N. Zanyk** *Appelants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. NIPAWIN AND DISTRICT SATELLITE  
T.V. INC.

N° du greffe: 20948.

1991: 22 janvier.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN

*Droit des communications — Radiodiffusion — Sens  
de l'expression «entreprise de radiodiffusion» dans les  
lois sur la radio et la radiodiffusion — Loi sur la radio,  
S.R.C. 1970, ch. R-1, art. 2, 11 — Loi sur la radiodif-  
fusion, S.R.C. 1970, ch. B-11, art. 2, 29.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la  
Saskatchewan (1988), 65 Sask. R. 151, [1988]  
4 W.W.R. 375, 42 C.C.C. (3d) 32, qui a accueilli  
l'appel interjeté par le ministère public contre une dé-  
cision du juge Armstrong (1987), 63 Sask. R. 290,  
[1988] 1 W.W.R. 90, qui avait confirmé  
l'acquittement des appelants prononcé relativement à  
des accusations d'avoir enfreint les par. 11(1) de la  
*Loi sur la radio* et 29(3) de la *Loi sur la radiodif-  
fusion*. Pourvoi rejeté.

*James Taylor, c.r.*, pour les appelants.

*Horst H. Dahlem, c.r.*, *Avrum Cohen* et *William  
Howard*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

LE JUGE LA FOREST—Nous sommes tous d'avis  
que le pourvoi doit être rejeté pour les motifs donnés  
par le juge Vancise en Cour d'appel de la Saskatche-  
wan. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitors for the appellants: Taylor & Fitzpatrick,  
Nipawin.*

*Procureurs des appelants: Taylor & Fitzpatrick,  
Nipawin.*

*Solicitor for the respondent: J. C. Tait, Ottawa.*

<sup>a</sup>

*Procureur de l'intimée: J. C. Tait, Ottawa.*

**J.N.B. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. B. (J.N.)

File No.: 21386.

1991: January 23.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Sexual assault — Evidence — Credibility — Trial judge convicting accused on basis of complainant's testimony — Whether conviction can be supported by the evidence — Whether conviction unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).*

**Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 56 Man. R. (2d) 215, [1989] 3 W.W.R. 86, 48 C.C.C. (3d) 71, 68 C.R. (3d) 145, 41 C.R.R. 361, affirming the accused's convictions on charges of indecent assault and sexual assault. Appeal dismissed.

*Joe Aiello* and *Dave Phillips*, for the appellant.*G. Lawlor*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J.—It will not be necessary to call on you Mr. Lawlor. We are prepared to give judgment in this appeal.

Having reviewed and considered the evidence and the findings of the trial judge we are of the opinion

**J.N.B. Appelant**

c.

**<sup>a</sup> Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (J.N.)

N° du greffe: 21386.

1991: 23 janvier.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

**<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA**

*Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Crédibilité — Condamnation de l'accusé par le juge du procès fondée sur le témoignage de la plaignante — Cette condamnation peut-elle être justifiée par la preuve? — La condamnation est-elle déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).*

**Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 56 Man. R. (2d) 215, [1989] 3 W.W.R. 86, 48 C.C.C. (3d) 71, 68 C.R. (3d) 145, 41 C.R.R. 361, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé relatives à des accusations d'attentat à la pudeur et d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

*Joe Aiello* et *Dave Phillips*, pour l'appelant.*G. Lawlor*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Lawlor. Nous sommes prêts à rendre jugement en l'espèce.

<sup>j</sup> Après avoir passé en revue et étudié la preuve et les constatations du juge du procès, nous sommes

that the judgment of the trial judge is not unreasonable and is not one that cannot be supported by the evidence within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

The trial judgment was based substantially on an express finding of credibility with respect to the evidence of the complainant. There is nothing in the record to indicate that there was any inherent improbability in her evidence or any other basis which would justify interference by an appellate court with the findings of the trial judge. Moreover there was some support for her testimony in other evidence which was accepted by the trial judge.

In view of this conclusion it is unnecessary to consider whether it was appropriate for the Court of Appeal to take into account the failure of the accused to testify and we do not do so.

Accordingly the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Dobrowolski, Clay, Aiello & Phillips, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

d'avis que le jugement du juge du procès n'est pas déraisonnable et que ce n'est pas un jugement qui ne peut pas s'appuyer sur la preuve au sens du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Le jugement du juge du procès est fondé essentiellement sur une constatation expresse de crédibilité quant au témoignage de la plaignante. Rien dans le dossier n'indique qu'il y a invraisemblance inhérente dans son témoignage ou tout autre motif justifiant une cour d'appel à modifier les constatations du juge du procès. De plus, son témoignage trouve un certain appui dans d'autres éléments de preuve acceptés par le juge du procès.

Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner s'il convenait que la Cour d'appel prenne en considération l'omission de l'accusé de témoigner et nous nous abstenons de le faire.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Dobrowolski, Clay, Aiello & Phillips, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*



**Kamal Ratti** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. RATTI

File No.: 21146.

1990: May 30; 1991: January 25.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Present: Lamer C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

*Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused presumed sane until contrary is proved — Insanity to be proved by accused on balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable under s. 1 of Charter.*

*Criminal law — Defences — Insanity — Person insane under s. 16(2) of Criminal Code if suffering from disease of the mind rendering him incapable of knowing act is wrong — Trial judge instructing jury that the word “wrong” means “legally wrong” — Accused’s murder conviction upheld by Court of Appeal — Whether trial judge misdirected jury — If so, whether Court of Appeal should have substituted a verdict of not guilty by reason of insanity or ordered a new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16(2), 686(1)(a), (2)(b).*

\* Chief Justice at the time of judgment.

**Kamal Ratti** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba et le**  
<sup>c</sup> **procureur général de l’Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. RATTI

N° du greffe: 21146.

<sup>d</sup> 1990: 30 mai; 1991: 25 janvier.

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

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d’innocence — Accusé présumé sain d’esprit jusqu’à preuve du contraire — Obligation de l’accusé de prouver l’aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités — L’article 16(4) du Code criminel viole-t-il l’art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, l’art. 16(4) est-il justifiable en vertu de l’article premier de la Charte?*

*Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Une personne est aliénée en vertu de l’art. 16(2) du Code criminel si elle est atteinte d’une maladie mentale qui la rend incapable de savoir qu’un acte est mauvais — Juge du procès indiquant dans ses directives au jury que le mot «mauvais» signifie «illégal» — Déclaration de culpabilité de meurtre de l’accusé confirmée par la Cour d’appel — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées? — Dans l’affirmative, la Cour d’appel aurait-elle dû substituer un verdict de non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale ou ordonner un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(2), 686(1)(a), (2)(b).*

\* Juge en chef à la date du jugement.

*Criminal law — Evidence — Expert evidence — Expert psychiatric testimony on issue of accused's insanity — Whether trial judge erred in instructing jury that it was unsafe to arrive at verdict based on expert evidence alone.*

*Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in refusing to consider certain medical reports as fresh evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 683(1)(d).*

The accused killed his wife and was charged with first degree murder. At trial, the accused raised the defence of insanity. The defence psychiatrists testified that the accused suffered from paranoid schizophrenia at the time the act was committed. This mental disorder caused delusions. He heard voices telling him that he and his family were cursed and that they had to return to India. Although the accused was aware at the time that he was killing his wife, he believed that she would be corrupted if she did not return to India with him and that it was therefore necessary to kill her. Evidence was presented by the Crown at trial that challenged appellant's credibility with respect to both his mental health at the time of the incident and his awareness that what he was doing was wrong. During their deliberations, the jurors asked the trial judge whether the capacity to know that an act is wrong for the purposes of s. 16(2) of the *Criminal Code* means the capacity to know that it is morally wrong, legally wrong, or both. The trial judge responded that "knowing an act is wrong" meant legally wrong. The jury rejected the defence and convicted the accused. The Court of Appeal affirmed the conviction.

*Held:* The appeal should be allowed and a new trial ordered.

(1) *Presumption of Sanity/Presumption of Innocence*

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka and Cory JJ.: In view of the majority judgment of this Court in *Chaulk*, s. 16(4) of the *Criminal Code* infringes s. 11(d) of the *Charter* but constitutes a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: For the reasons given by McLachlin J. in *Chaulk*, the presumption of sanity in s. 16(4) of the *Code*, reflecting as it does the

*Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Preuve psychiatrique sur la question de l'aliénation mentale de l'accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en disant au jury dans ses directives qu'il n'était pas prudent de rendre un verdict fondé uniquement sur des témoignages d'experts?*

*Droit criminel — Preuve — Nouvelle preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant de tenir compte de certains rapports médicaux à titre de nouvelle preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683(1)d.*

L'accusé a tué sa femme et a été accusé de meurtre au premier degré. Au procès, il a soulevé la défense d'aliénation mentale. Les psychiatres de la défense ont témoigné que l'accusé souffrait de schizophrénie paranoïde au moment où l'acte a été commis. Ce trouble mental causait des idées délirantes. Il entendait des voix lui disant que lui et sa famille étaient maudits et qu'ils devaient retourner en Inde. Bien que l'accusé ait su à ce moment-là qu'il tuait sa femme, il croyait qu'elle serait corrompue si elle ne retournait pas en Inde avec lui et qu'il fallait donc la tuer. Au procès, le ministère public a présenté une preuve qui attaquait la crédibilité de l'appelant tant en ce qui concerne sa santé mentale au moment de l'incident que sa conscience que ce qu'il faisait était mauvais. Au cours de leurs délibérations, les jurés ont demandé au juge du procès si la capacité de savoir qu'un acte était mauvais aux fins du par. 16(2) du *Code criminel* signifie la capacité de savoir qu'il est moralement répréhensible, illégal, ou les deux. Le juge du procès a répondu que «savoir qu'un acte est mauvais» signifie savoir qu'il est illégal. Le jury a rejeté le moyen de défense et a déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

(1) *Présomption que chacun est sain d'esprit/Présomption d'innocence*

*Le* juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka et Cory: Compte tenu du jugement de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Chaulk*, le par. 16(4) du *Code criminel* viole l'al. 11d) de la *Charte*, mais il constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: Pour les motifs exposés par le juge McLachlin dans l'arrêt *Chaulk*, la présomption que chacun est sain d'esprit établie au par. 16(4) du *Code*, qui traduit la condition préalable fondamentale à l'imposition de la responsabilité

fundamental pre-condition of criminal responsibility and punishment, does not violate s. 11(d) of the *Charter*.

(2) *Meaning of "Wrong"*

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka and Cory JJ.: Given that the majority judgment of this Court in *Chaulk* redefined the word "wrong" in s. 16(2) of the *Code* to mean "morally wrong" rather than "legally wrong", the jury was misdirected on the issue of insanity. A new trial should be ordered under s. 686(2)(b) of the *Code* because this Court is not satisfied that, in the absence of the misdirection, the inevitable verdict would have been not guilty by reason of insanity. In accordance with *Chaulk*, the trier of fact must be directed to consider whether the accused was rendered incapable, by reason of disease of the mind or natural imbecility, to know that his act was morally wrong in the circumstances. It is not sufficient to decide that the accused's act was a result of his delusion. Even if the act was motivated by the delusion, the accused will be convicted if he was capable of knowing, in spite of such delusion, that the act in the particular circumstances would have been morally condemned by reasonable members of society.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: For the reasons given by McLachlin J. in *Chaulk*, the jury, having been instructed by the trial judge that "wrong" in s. 16(2) of the *Code* means "legally wrong", would properly have considered whether the act was one which the accused was capable of knowing that he ought not to do. There was therefore no error of law which would justify interference by this Court with the jury's guilty verdict. The jury's verdict was neither unreasonable nor unsupported by the evidence within the terms of s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. It follows that this appeal would have been dismissed but, given the majority judgment of this Court in *Chaulk*, which is binding, it must be allowed and a new trial ordered.

(3) *Expert Evidence*

The trial judge did not err in instructing the jury that it was unsafe for a jury to arrive at a verdict based on expert evidence alone. In the context of discussing the weight that should be attached to expert evidence in general and the role of the jury as the sole trier of fact, the trial judge was correct in advising the jury that they were not bound by the expert psychiatric testimony and

criminelle et d'une peine, ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte*.

(2) *Signification du mot «mauvais»*

*a* Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka et Cory: Étant donné que, dans l'arrêt *Chaulk*, notre Cour à la majorité a réexaminé le sens du mot «mauvais» au par. 16(2) du *Code* et lui a attribué le sens de «moralement répréhensible» plutôt que «illégal», le jury a reçu des directives erronées sur la question de l'aliénation mentale. Un nouveau procès doit être ordonné en vertu de l'al. 686(2)b) du *Code* parce que notre Cour n'est pas convaincue qu'en l'absence des directives erronées le jury aurait inévitablement rendu un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale. Conformément à l'arrêt *Chaulk*, il faut que le juge des faits ait comme directive de se demander si l'accusé était devenu incapable, à cause d'une maladie mentale ou d'une imbecillité naturelle, de savoir que son acte était moralement répréhensible dans les circonstances. Il n'est pas suffisant de décider que l'acte de l'accusé était le résultat de ses idées délirantes. Même si l'acte était motivé par les idées délirantes, l'accusé sera reconnu coupable s'il était capable de savoir, malgré ces idées délirantes, que l'acte dans les circonstances particulières aurait été moralement réprouvé par des membres raisonnables de la société.

*Les juges* L'Heureux-Dubé et McLachlin: Pour les motifs exposés par le juge McLachlin dans l'arrêt *Chaulk*, le jury, ayant reçu comme directive du juge du procès que «mauvais» au par. 16(2) du *Code* signifie «illégal», s'est demandé à bon droit si l'appelant était capable de savoir qu'il s'agissait d'un acte qu'il ne devait pas accomplir. Il n'y a pas eu d'erreur de droit qui justifie notre Cour de modifier le verdict du jury. Le verdict du jury n'est pas déraisonnable et il peut s'appuyer sur la preuve au sens du sous-al. 686(1a)(i) du *Code*. Par conséquent, le pourvoi aurait été rejeté mais, comme nous sommes liés par le jugement de la majorité de notre Cour dans *Chaulk*, le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès doit être ordonné.

(3) *La preuve d'expert*

*i* Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en disant au jury dans ses directives qu'il n'était pas prudent de rendre un verdict fondé uniquement sur des témoignages d'experts. Dans le contexte de l'analyse du poids à accorder aux témoignages d'experts en général et du rôle du jury en tant que seul juge des faits, le juge du procès a eu raison de dire au jury qu'il n'était pas lié par les

that its probative value was to be assessed in the same manner as any other testimony.

(4) *Fresh Evidence*

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka and Cory JJ.: In view of this Court's decision to order a new trial, it is unnecessary to determine whether or not the Court of Appeal erred in failing to consider certain medical reports as fresh evidence pursuant to s. 683(1)(d) of the *Code*.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The Court of Appeal did not err in refusing to consider certain reports as fresh evidence. The court correctly applied the principles set out by this Court in *Palmer*.

**Cases Cited**

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029; **referred to:** *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673.

By Wilson J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

By Sopinka J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

By McLachlin J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d). *Constitution Act, 1982*.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16, 683(1) (d) [formerly s. 610(1)(d)], 686(1)(a)(i), (d) and (2)(b) [formerly s. 613(1)(a)(i), (d) and (2)(b)].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered November 2, 1988, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

témoignages des psychiatres et que leur valeur probante devait être appréciée de la même manière que tout autre témoignage.

(4) *La nouvelle preuve*

*Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka et Cory:* Compte tenu de la décision de notre Cour d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, il est inutile de déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en ne tenant pas compte de certains rapports médicaux à titre de «nouvelle preuve» en application de l'al. 683(1)d) du *Code*.

*Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin:* La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en refusant de tenir compte de certains rapports à titre de nouvelle preuve. La cour a appliqué correctement les principes exposés par notre Cour dans l'arrêt *Palmer*.

**Jurisprudence**

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts appliqués:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029; **arrêt mentionné:** *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673.

Citée par le juge Wilson

**Arrêt appliqué:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt appliqué:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts appliqués:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.) art. 185 (annexe III, n° 1)], 683(1)d) [auparavant 610(1)d)], 686(1)a)(i), d) et (2)b) [auparavant 613(1)a)(i), d) et (2)b)]. *Loi constitutionnelle de 1982*.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 2 novembre 1988, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Irwin Koziembrocki*, for the appellant.

*Irwin Koziembrocki*, pour l'appelant.

*R. Libman*, for the respondent.

*R. Libman*, pour l'intimée.

*S. R. Fainstein, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*S. R. Fainstein, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*George Dangerfield, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Manitoba

*George Dangerfield, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Michael Watson*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*Michael Watson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest and Cory JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest et Cory rendu par

LAMER C.J.—This case involves a constitutional challenge, under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the reverse onus clause contained in s. 16(4) of the insanity provisions contained in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. There are other issues specific to the appeal that are set out further in these reasons.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Ce pourvoi concerne la validité constitutionnelle, au regard de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la clause portant renversement du fardeau de preuve énoncée au par. 16(4) des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, sur l'aliénation mentale. D'autres questions particulières au pourvoi sont exposées plus loin dans les présents motifs.

### Facts

On the night of May 2, 1986, or early in the morning of May 3, 1986, the appellant caused the death of his wife by striking her several times on the side of the head with an axe. The appellant was subsequently convicted of first degree murder by a jury in the High Court of Justice of Ontario.

### Les faits

Dans la soirée du 2 mai 1986 ou tôt le matin du 3 mai 1986, l'appelant a causé la mort de son épouse en la frappant plusieurs fois au côté de la tête avec une hache. Un jury de la Haute Cour de justice de l'Ontario l'a plus tard déclaré coupable de meurtre au premier degré.

Much of the evidence at trial came from an agreed statement of facts. It was admitted by the appellant that he had made arrangements, several days before the incident, to return to his native country, India, along with his two children. To this end, he purchased three airline tickets and collected them on May 2, 1986. He also purchased a number of other items during this period, including an axe and a suitcase. The appellant admitted that he and his wife argued over a number of matters several days before

Une bonne partie de la preuve au procès était tirée d'un exposé conjoint des faits. L'appelant a admis avoir pris des mesures, plusieurs jours avant l'incident, pour retourner avec ses deux enfants dans son pays d'origine, l'Inde. À cette fin, il a acheté trois billets d'avion et en a pris possession le 2 mai 1986. Il a également acheté plusieurs autres articles pendant cette période, notamment une hache et une valise. L'appelant a admis que son épouse et lui se sont disputés à plusieurs sujets quelques jours avant

the incident, to the extent that his wife left their home in order to stay with relatives for a short time, returning only on the afternoon of May 2, 1986. The argument that caused her to leave was precipitated in part by the appellant's decision to quit his job. The spouses had also disagreed on numerous occasions as to whether the family should return to India.

Immediately after killing his wife, the appellant tried but failed to enlist the help of friends in order to remove her body from the home. He finally severed the body into smaller parts with an axe and disposed of them in a nearby river. He cleaned the premises and later made attempts to enter the United States.

The sole defence raised by the appellant at trial was the insanity defence under s. 16 of the *Criminal Code*. Expert psychiatric evidence was given at trial that the appellant suffered from paranoid schizophrenia at the time that the act was committed. The mental disorder caused the appellant to become deluded that he was a prophet who had been called upon by God to lead the world in forming an international government; the disorder also caused him to hear voices telling him that he and his family were cursed and that they must return to India. Although the appellant was aware at the time that he was killing his wife and likely knew that the act was a crime, he believed that his wife would be corrupted if she did not return to India with him and that it was therefore necessary to kill her. The evidence also suggested that the appellant believed that his wife would be "reborn" in India as a living person.

An appeal to the Ontario Court of Appeal was unanimously dismissed on November 2, 1988.

### Relevant Statutory Provisions

#### *Criminal Code*

16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was insane.

(2) For the purposes of this section, a person is insane when the person is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders the person incapable of appreciating the nature and quality of an

l'incident, à tel point que son épouse a quitté le foyer pour demeurer chez des proches pendant une courte période, et n'est revenue que l'après-midi du 2 mai 1986. La dispute qui avait amené son départ avait été causée en partie par la décision de l'appelant de quitter son emploi. Les époux avaient également été souvent en désaccord quant à savoir si la famille devait retourner en Inde.

Immédiatement après avoir tué son épouse, l'appelant a essayé sans succès d'obtenir l'aide d'amis pour sortir le corps de la maison. Il a finalement coupé le corps en morceaux avec une hache et les a jetés dans une rivière des environs. Il a nettoyé les lieux et a essayé plus tard d'entrer aux États-Unis.

À son procès, l'appelant a soulevé un seul moyen de défense, l'aliénation mentale visée à l'art. 16 du *Code criminel*. Suivant la preuve psychiatrique offerte au procès, l'appelant souffrait de schizophrénie paranoïde au moment de la perpétration de l'acte. Ce trouble mental faisait que l'appelant avait l'illusion qu'il était un prophète que Dieu avait chargé de diriger le monde par la formation d'un gouvernement international; ce trouble mental avait aussi pour effet qu'il entendait des voix lui dire que sa famille et lui étaient maudits et qu'ils devaient retourner en Inde. Bien qu'il ait su à ce moment-là qu'il tuait sa femme et qu'il ait vraisemblablement su que cet acte était un crime, l'appelant croyait que sa femme serait corrompue si elle ne retournait pas en Inde avec lui et qu'il fallait donc la tuer. La preuve laisse également entendre que l'appelant croyait que sa femme «renaîtrait» en Inde sous les traits d'une personne.

L'appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté à l'unanimité, le 2 novembre 1988.

### Dispositions législatives pertinentes

#### *Code criminel*

16. (1) Nul ne peut 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) Pour l'application 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

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 that person to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused the act or omission of that person.

(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.

**686.** (1) [formerly s. 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 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,

. . .

(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;

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

### *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.

ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

(3) Une personne qui a des idées délirantes sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne peut être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que ses idées délirantes 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.

**686.** (1) [antérieurement le par. 613(1)] Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant 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,

. . .

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;

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

### *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.

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;

### Lower Court Judgments

#### *Ontario High Court of Justice*

The appellant was tried before Callaghan A.C.J., sitting with a jury, in the High Court of Justice, and was convicted of first degree murder. The only defence raised at trial, the insanity defence, was rejected by the jury. The appellant was sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for 25 years.

#### *Ontario Court of Appeal* (Dubin A.C.J.O., for the Court)

The appellant appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal on the grounds that the trial judge erred in law by refusing to enter certain medical reports as exhibits in the trial, that the trial judge erred in law by refusing to permit the jury to have certain medical reports before them during their deliberations, that the trial judge erred in law in his instruction to the jury as to the relationship between s. 16 and the definition of first degree murder, and that the verdict was unreasonable and unsupported by the evidence.

The Court of Appeal found no error in the trial judge's charge to the jury and concluded that the verdict rendered was reasonable:

The defence relied on two psychiatrists, well qualified in their field and well known to the justice system, and there is no doubt on the evidence, apart from the psychiatric evidence itself, that the appellant suffers from some disease of the mind. However, the issue of insanity in this case was whether the disease of the mind fell within the definition of s. 16 of the *Criminal Code*.

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;

### Jugements des juridictions inférieures

#### *Haute Cour de justice de l'Ontario*

L'appelant a subi son procès devant le juge en chef adjoint Callaghan et un jury, en Haute Cour de justice, et a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Le jury a rejeté le seul moyen de défense soulevé au procès, l'aliénation mentale. L'appelant a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'être admis à la libération conditionnelle avant 25 ans.

#### *Cour d'appel de l'Ontario* (le juge en chef adjoint Dubin de l'Ontario, pour la Cour)

L'appelant a porté sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario, invoquant comme moyens que le juge du procès avait commis une erreur de droit en refusant d'accepter certains rapports médicaux comme pièces au procès, qu'il avait commis une erreur de droit en refusant d'autoriser les jurés à prendre connaissance de certains rapports médicaux pendant leurs délibérations et qu'il avait commis une erreur de droit dans ses directives au jury quant au lien existant entre l'art. 16 et la définition de meurtre au premier degré, et enfin que le verdict était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve.

La Cour d'appel n'a constaté aucune erreur dans l'exposé du juge du procès au jury et a conclu que le verdict était raisonnable:

[TRADUCTION] La défense s'est fondée sur deux psychiatres bien qualifiés dans leur domaine et bien connus du système judiciaire, et il ne fait aucun doute, compte tenu de la preuve, indépendamment de la preuve psychiatrique elle-même, que l'appelant souffre d'une maladie mentale. Cependant, la question de l'aliénation mentale en l'espèce était de savoir si la maladie mentale relevait de la définition de l'art. 16 du *Code criminel*.



A verdict of not guilty by reason of insanity would have been open to this jury, but unlike many cases of this nature, there was a factual and an evidentiary basis upon which the jury could reject the psychiatric evidence and find that the disease of the mind was not one which would warrant a finding of not guilty by reason of insanity.

The appellant now appeals the judgment of the Court of Appeal to this Court.

### Issues

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on July 13, 1989:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellant raises four further issues in this Court:

3. Did the Ontario Court of Appeal err in law in refusing to hold that the Court had the power, pursuant to Section 613(1)(d) (now 686(1)(d)) of the *Criminal Code of Canada* to review the evidence apart from the jury finding and substitute a finding of not guilty by reason of insanity?
4. Did the Ontario Court of Appeal err in law in failing to hold that the verdict of guilty of the offence of first degree murder was unreasonable and cannot be supported by the evidence pursuant to Section 613(1)(a)(i) (now 686(1)(a)(i)) of the *Criminal Code of Canada* and that a finding of not guilty by reason of insanity should be substituted?
5. Did the Ontario Court of Appeal err in law in failing to hold that the learned trial Judge erred in instructing the jury that it was unsafe for a jury to arrive at a verdict based on the testimony of experts alone?

Le jury aurait pu rendre un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale mais, contrairement à de nombreuses affaires de cette nature, il existait des faits et des éléments de preuve qui permettaient au jury de rejeter la preuve psychiatrique et de conclure que la maladie mentale ne justifiait pas un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale.

L'appelant se pourvoit en notre Cour contre l'arrêt de la Cour d'appel.

### Les questions en litige

Le 13 juillet 1989, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L'appelant soulève quatre autres questions en notre Cour:

### [TRADUCTION]

3. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en refusant de conclure qu'elle avait le pouvoir, en application de l'al. 613(1)d) (maintenant l'al. 686(1)d)) du *Code criminel du Canada*, de revoir la preuve indépendamment de la conclusion du jury et de substituer une conclusion de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale?
4. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en ne concluant pas que le verdict de culpabilité de l'infraction de meurtre au premier degré était déraisonnable et ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve en application du sous-al. 613(1)a)(i) (maintenant le sous-al. 686(1)a)(i)) du *Code criminel du Canada* et qu'il fallait substituer une conclusion de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale?
5. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en ne concluant pas que le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury dans ses directives qu'il n'était pas prudent de rendre un verdict fondé uniquement sur des témoignages d'experts?

6. Did the Ontario Court of Appeal err in law in failing to consider upon appeal further medical reports dealing with the issue of the sanity of the Appellant?

### Analysis

#### *Constitutional Questions*

The constitutional questions have been fully canvassed in this Court's judgment in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. In *Chaulk*, I held that, although s. 16(4) of the *Criminal Code* infringes s. 11(d) of the *Charter*, it constitutes a reasonable limit under s. 1 of the *Charter* and, therefore, is not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*. Accordingly, the first two grounds of appeal fail. I now turn to a consideration of the other issues raised by the appellant.

#### *Issues Nos. 3 and 4*

The appellant submits that the Court of Appeal erred in law by failing to substitute a verdict of not guilty by reason of insanity under former s. 613(1)(d) or former s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. The jurisdiction conferred on a court of appeal under s. 613(1) was described by this Court in *R. v. Mailoux*, [1988] 2 S.C.R. 1029. I stated at pp. 1042-44:

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 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 appel-

6. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en n'examinant pas en appel des rapports médicaux supplémentaires traitant de la question de la santé mentale de l'appellant?

### Analyse

#### *Les questions constitutionnelles*

Les questions constitutionnelles ont été étudiées à fond dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Dans cet arrêt, j'ai conclu que, même s'il viole l'al. 11d) de la *Charte*, le par. 16(4) du *Code criminel* constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte* et qu'il n'est donc pas incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, les deux premiers moyens d'appel échouent. Examinons maintenant les autres questions soulevées par l'appellant.

#### *Les questions 3 et 4*

L'appelant prétend que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en ne substituant pas un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale en vertu de l'ancien al. 613(1)d) ou de l'ancien sous-al. 613(1)a)(i) du *Code criminel*. Dans l'arrêt *R. c. Mailoux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, notre Cour a décrit la compétence que le par. 613(1) confère à une cour d'appel. J'ai dit aux pp. 1042 à 1044:

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 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

- lant 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.
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;
- 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.
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. [Citations omitted.]
- que l'appelant 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,
- 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;
- 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.
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. [Renvois omis.]

In my view, in light of the judgment of this Court in *Chaulk*, the facts of this case invoke the application of the second principle that I summarized in *Mailloux*. In *Chaulk*, this Court reconsidered the meaning of "wrong" in s. 16(2). The earlier decision of this Court in *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, was overruled and "wrong" for the purposes of the second arm of s. 16(2) was defined to mean "morally wrong" and not "legally wrong". It is apparent that the trial judge relied on our decision in *Schwartz* in directing the jury with respect to the application of s. 16. He stated in his charge:

Now there is an alternative in [s. 16]. Even if he did appreciate the nature and quality of what he was doing, by that definition it is also insanity if he was labouring under a disease of the mind that rendered him incapable

À mon avis, compte tenu de l'arrêt *Chaulk* de notre Cour, les faits de la présente espèce commandent l'application du deuxième principe que j'ai résumé dans l'arrêt *Mailloux*. Dans l'arrêt *Chaulk*, notre Cour a réexaminé le sens du mot «mauvais» au par. 16(2). L'arrêt antérieur de notre Cour *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, a été renversé et, aux fins de la deuxième partie du par. 16(2), on a attribué au mot «mauvais» le sens de «moralement répréhensible» et non pas d'«illégal». Le juge du procès s'est apparemment fondé sur notre arrêt *Schwartz* dans ses directives au jury concernant l'application de l'art. 16. Il a dit dans son exposé:

[TRADUCTION] Il y a une alternative dans [l'art. 16]. Même s'il était conscient de la nature et de la qualité de ce qu'il faisait, par définition il y a également aliénation mentale s'il agissait sous l'influence d'une maladie

of knowing his act was wrong and by “wrong”, I mean that it was a criminal act or legally wrong.

There is no doubt that this definition was relevant to the jury. In the course of their deliberations, they asked the trial judge specifically whether the capacity to know that an act is wrong for the purposes of s. 16(2) means the capacity to know that it is morally wrong, legally wrong, or both. The trial judge responded:

Now, you asked the question, does knowing an act is wrong mean morally wrong, legally wrong or both and the answer is no. When I talk about knowing an act is wrong, we mean that it was a criminal act, was legally wrong. Morality has nothing to do with it. Did he know what he was doing was a crime? That’s the answer to that one.

Given the reconsideration of the word “wrong” by this Court in *Chaulk*, it is my respectful opinion that the jury was misdirected on the issue of insanity. The proper direction to the jury would have indicated that the appellant should be found not guilty by reason of insanity if, because of a disease of the mind, he lacked the capacity to know that his act was morally wrong in the circumstances. The trial judge, of course, cannot be faulted since he relied on the decision of this Court in *Schwartz*, *supra*. However, for the reasons given in *Chaulk*, our decision in *Schwartz* was not correct.

I am not satisfied that, in the absence of a misdirection on the issue, the inevitable verdict would have been not guilty by reason of insanity. On the one hand, the evidence adduced at trial suggests that the appellant did not know that the act of killing his wife was morally wrong in the circumstances. The trial judge, in the course of his charge to the jury, summarized the testimony of an expert witness as to whether the appellant knew at the time that his act was legally wrong; the expert witness had testified to the effect that:

At the time of the killing, however, he wouldn’t realize it was legally wrong as he was in a state of delusional belief and was being instructed by voices from his guru. He was under an hallucination at the time he

mentale qui le rendait incapable de savoir si son acte était mauvais, et par «mauvais» je veux dire que c’était un acte criminel ou illégal.

Il ne fait pas de doute que cette définition était importante pour les jurés. Au cours de leurs délibérations, ils ont précisément demandé au juge du procès si la capacité de savoir qu’un acte est mauvais aux fins du par. 16(2) signifie la capacité de savoir qu’il est moralement répréhensible, illégal, ou les deux. Le juge du procès a répondu:

[TRADUCTION] Alors, vous demandez si savoir qu’un acte est mauvais signifie savoir qu’il est moralement répréhensible, illégal ou les deux; la réponse est non. Quand on parle de savoir qu’un acte est mauvais, on veut dire qu’il s’agissait d’un acte criminel, d’un acte illégal. Le caractère moral n’a rien à voir avec cela. Savait-il que ce qu’il faisait était un crime? Voilà la réponse à cette question.

Étant donné le réexamen du sens du mot «mauvais» par notre Cour dans l’arrêt *Chaulk*, j’estime avec égards que le jury a reçu des directives erronées sur la question de l’aliénation mentale. Une directive appropriée aurait indiqué que l’appelant doit être reconnu non coupable pour cause d’aliénation mentale si, à cause d’une maladie mentale, il n’avait pas la capacité de savoir que son acte était moralement répréhensible dans les circonstances. On ne peut évidemment pas blâmer le juge du procès puisqu’il s’est fondé sur l’arrêt *Schwartz*, précité, de notre Cour. Cependant, pour les motifs exposés dans l’arrêt *Chaulk*, notre décision dans *Schwartz* était erronée.

Je ne suis pas convaincu qu’en l’absence des directives erronées sur la question le jury aurait inévitablement rendu un verdict de non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale. D’une part, la preuve présentée au procès donne à entendre que l’appelant ne savait pas que tuer sa femme était un acte moralement répréhensible dans les circonstances. Au cours de son exposé au jury, le juge du procès a résumé la déposition d’un témoin expert sur le point de savoir si l’appelant, à ce moment-là, savait que son acte était illégal; le témoin expert avait dit:

[TRADUCTION] Au moment du meurtre, cependant, il ne se rendait pas compte du fait que cela était illégal, car il était sous l’empire d’idées délirantes et il recevait des directives par la voix de son gourou. Ses idées délirantes

was being told something had to be done and he was doing God's will.

The trial judge also summarized this aspect of the defence's case as follows:

He was operating within a context such as to believe what he was doing was right even though he knew what he was doing was wrong in terms of what society would say.

On the other hand, however, evidence was presented by the Crown at trial that challenged the credibility of the appellant with respect to both his mental health at the time of the incident and his awareness that what he was doing was wrong.

Since I am not satisfied that, in the absence of a misdirection, the inevitable verdict would have been not guilty by reason of insanity, I would not substitute a verdict of not guilty by reason of insanity for the conviction, but would instead order a new trial. In accordance with our decision in *Chaulk*, the trier of fact must be directed to consider whether the appellant was rendered incapable, by reason of disease of the mind or "natural imbecility", to know that his act was morally wrong in the circumstances. It is not sufficient to decide that the appellant's act was a result of his delusion. Even if the act was motivated by the delusion, the appellant will be convicted if he was capable of knowing, in spite of such delusion, that the act in the particular circumstances would have been morally condemned by reasonable members of society.

In view of the fact that this appeal is subject to the second principle discussed in *Mailloux*, it is not necessary to consider specifically the application of the third principle, namely, whether the verdict was unreasonable or was unable to be supported by the evidence even if there had not been a misdirection.

For these reasons, I would allow the appeal pursuant to former s. 613(1)(a) and order a new trial pursuant to former s. 613(2)(b) of the *Criminal Code*.

à ce moment lui dictaient de faire quelque chose et de le faire pour accomplir la volonté de Dieu.

Le juge du procès a également résumé comme suit cet aspect de la défense:

[TRADUCTION] Il agissait dans un contexte qui l'amenait à croire que ce qu'il faisait était bien, même s'il savait que ce qu'il faisait était mauvais du point de vue de la société.

Par ailleurs, le ministère public a cependant présenté des éléments de preuve qui attaquaient la crédibilité de l'appelant tant en ce qui concerne sa santé mentale au moment de l'incident que sa conscience que ce qu'il faisait était mauvais.

Puisque je ne suis pas convaincu qu'en l'absence de directives erronées un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale aurait inévitablement été rendu, je ne substituerai pas un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale à la déclaration de culpabilité. Au lieu de cela, j'ordonnerai la tenue d'un nouveau procès. Conformément à notre arrêt *Chaulk*, il faut donner comme directive au juge des faits de se demander si l'appelant était devenu incapable, à cause d'une maladie mentale ou d'une «imbécillité naturelle», de savoir que son acte était moralement répréhensible dans les circonstances. Il n'est pas suffisant de décider que l'acte de l'appelant était le résultat de ses idées délirantes. Même si l'acte était motivé par les idées délirantes, l'appelant sera déclaré coupable s'il était capable de savoir, malgré ces idées délirantes, que l'acte dans les circonstances particulières aurait été moralement réprouvé par des membres raisonnables de la société.

Étant donné que ce pourvoi relève du deuxième principe analysé dans l'arrêt *Mailloux*, il n'est pas nécessaire d'examiner spécifiquement l'application du troisième principe, celui de savoir si le verdict était déraisonnable ou ne pouvait s'appuyer sur la preuve, même s'il n'y avait pas eu de directives erronées.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, en vertu de l'ancien al. 613(1)(a) et j'ordonnerai un nouveau procès en vertu de l'ancien al. 613(2)(b) du *Code criminel*.

*Issue No. 5*

The appellant submits that the Court of Appeal erred in law by failing to hold that the trial judge misdirected the jury by instructing that it was unsafe to arrive at a verdict based on expert evidence alone. Specifically, the appellant's submission is directed at the following statement by the trial judge:

The evidence of Drs. Malcolm and Rowsell is of particular importance in this case, as you can well imagine. Psychiatry, like any other branch of medicine, is not an exact science. An individual judgement is always a factor in psychiatric assessments. Like other witnesses you will simply have to compare the capacities of the two psychiatrists for observation and the abilities of each to draw their conclusions.

It has been said in a criminal trial it is not safe for a jury to arrive at a verdict on expert evidence alone. Please recall my earlier direction, you are the sole judges of the facts and in determining the facts you may believe all or none or only part of the evidence of the expert witnesses. There is no distinction when applying that general principle which you apply to the evidence of ordinary witnesses, in applying it to the evidence of experts.

In my view, the trial judge made no error in instructing the jury in this regard. The statement cited above was made in the context of discussing the weight that should be attached to expert evidence in general and the role of the jury as the sole trier of fact. The trial judge was entirely correct in advising the jury that they were not bound by the expert psychiatric testimony and that its probative value was to be assessed in the same manner as any other testimony. In this case, factual evidence with respect to the appellant's insanity was placed before the jury. As a result, the jury was in a position to assess the weight that should be given to the testimony by considering whether it was supported by the facts. The trial judge correctly advised the jury to consider the expert testimony in relation to the facts and that the testimony could be rejected if it was based upon factual assumptions with which they disagreed.

*La question 5*

L'appelant prétend que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur de droit en ne concluant pas que le juge du procès avait donné des directives erronées au jury lorsqu'il lui a dit qu'il n'était pas prudent de rendre un verdict fondé uniquement sur des témoignages d'experts. La prétention de l'appelant est spécifiquement dirigée contre l'affirmation suivante du juge du procès:

[TRADUCTION] Comme vous pouvez facilement l'imaginer, les témoignages des Dr Malcolm et Rowsell prennent une importance particulière en l'espèce. La psychiatrie, comme toute autre branche de la médecine, n'est pas une science exacte. Le jugement individuel joue toujours un rôle dans les évaluations psychiatriques. Comme pour les autres témoins, vous aurez simplement à comparer les capacités d'observation des deux psychiatres et les aptitudes de chacun à tirer leurs conclusions.

On a dit que dans un procès criminel il n'est pas prudent de rendre un verdict fondé uniquement sur ces témoignages d'experts. Veuillez vous rappeler ma directive antérieure: vous êtes les seuls juges des faits et, dans la constatation des faits, vous pouvez croire la totalité, une partie ou ne rien croire du tout des dépositions des témoins experts. Ce principe général s'applique de la même manière aux dépositions d'experts qu'aux dépositions de témoins ordinaires.

À mon avis, le juge du procès n'a pas fait d'erreur dans ses directives au jury à cet égard. La déclaration précitée a été faite dans le contexte de l'analyse du poids à accorder aux témoignages d'experts en général et du rôle du jury en tant que seul juge des faits. Le juge du procès a eu tout à fait raison de dire au jury qu'il n'était pas lié par les témoignages des psychiatres et que leur valeur probante devait être appréciée de la même manière que tout autre témoignage. En l'espèce, des éléments de preuve factuels relatifs à l'aliénation mentale de l'appelant ont été présentés au jury. Par conséquent, le jury était en mesure d'apprécier le poids à accorder aux témoignages en se demandant s'ils étaient appuyés par les faits. Le juge du procès a correctement dit aux jurés d'examiner les témoignages des experts par rapport aux faits et ajouté qu'ils pouvaient les rejeter s'ils étaient fondés sur des hypothèses factuelles avec lesquelles ils n'étaient pas d'accord.

*Issue No. 6*

The appellant submits that the Court of Appeal erred in law in failing to consider certain medical reports as “fresh evidence” pursuant to former s. 610(1)(d) (now s. 683(1)(d)) of the *Criminal Code*. The medical reports sought to be adduced before the Court of Appeal were, first, a report prepared by the Penetang Mental Health Centre shortly after the appellant’s arrest and, secondly, a report prepared by a penitentiary service medical unit following the appellant’s conviction.

In view of my decision to order a new trial, as a result of the holding of this Court in *Chaulk*, it is not necessary to address this issue. The appellant will be entitled, subject, of course, to the discretion of the trial judge, to evaluate the relevance of evidence, to adduce this evidence at his second trial. The exercise of the Court of Appeal’s discretion under former s. 610(1)(d) of the *Code* is no longer an issue.

Disposition

Accordingly, for the reasons discussed above, I would allow the appeal pursuant to former s. 613(1)(a) and order a new trial pursuant to former s. 613(2)(b) of the *Criminal Code*.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading Chief Justice Lamer’s reasons in this appeal. The first two issues concern the constitutionality of s. 16(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Dickson C.J. stated the constitutional questions as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and*

*La question 6*

L’appelant prétend que la Cour d’appel a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de certains rapports médicaux à titre de «nouvelle preuve» en application de l’ancien al. 610(1)d) (l’actuel al. 683(1)d)) du *Code criminel*. Les rapports médicaux qu’on a cherché à présenter devant la Cour d’appel sont, premièrement, un rapport rédigé par le Penetang Mental Health Centre peu après l’arrestation de l’appelant et, deuxièmement, un rapport rédigé par une section médicale de services pénitentiaires après la déclaration de culpabilité de l’appelant.

Compte tenu de ma décision d’ordonner la tenue d’un nouveau procès, comme conséquence de l’arrêt *Chaulk* de notre Cour, il n’est pas nécessaire d’examiner cette question. L’appelant aura droit, sous réserve évidemment du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’apprécier la pertinence des éléments de preuve, de les présenter à son second procès. L’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d’appel en vertu de l’ancien al. 610(1)d) du *Code* n’est plus en litige.

Dispositif

En conséquence, pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en vertu de l’ancien al. 613(1)a) et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès en application de l’ancien al. 613(2)b) du *Code criminel*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J’ai eu l’avantage de lire les motifs du juge en chef Lamer dans le présent pourvoi. Les deux premières questions en litige visent la constitutionnalité du par. 16(4) du *Code criminel*, L.R.C (1985), ch. C-46. Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié en vertu de l’article

*Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

In the appeal *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, <sup>a</sup> the majority of this Court held that while s. 16(4) of the *Criminal Code* infringed an accused's right to be presumed innocent in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it constituted a reasonable and justifiable limit on such right within the meaning of s. 1 of the *Charter*. I dissented on that issue holding that the infringement was not a reasonable and justifiable limit on the s. 11(d) right. I now consider myself bound by the majority decision in *Chaulk*. Accordingly, since I agree with Lamer C.J.'s reasons on the other issues raised by the appellant, I concur in his proposed disposition of this appeal.

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

McLACHLIN J.—This is one of a series of appeals raising questions about the presumption of sanity in s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, I indicated that I respectfully disagree with Lamer C.J. and Wilson J. <sup>f</sup> as to the proper resolution of the following two questions: (1) does the presumption of sanity offend the presumption of innocence embodied in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? and (2) <sup>g</sup> when the *Code* speaks of “knowing that an act or omission is wrong”, does it mean legally “wrong” or morally “wrong”? In view of the peculiar circumstances of this case, including the fact that it was heard on the same day as *Chaulk* and that the result for the accused is not affected, I am issuing these reasons notwithstanding the prior issue of judgment in *Chaulk*, which is binding. My conclusions in *Chaulk*, therefore, make it necessary to comment briefly on the issues raised by this case. <sup>h</sup>

The first two issues set out in the judgment of Lamer C.J. concern the question of whether the pre-

mier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, <sup>a</sup> notre Cour a statué à la majorité que, bien que le par. 16(4) du *Code criminel* viole le droit que l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît à un accusé d'être présumé innocent, <sup>b</sup> il constitue, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable et justifiable imposée à ce droit. J'ai exprimé ma dissidence sur ce point dans cet arrêt, concluant que la violation ne constituait pas une limite raisonnable et justifiable imposée au droit <sup>c</sup> reconnu à l'al. 11d). Je me considère maintenant liée par l'arrêt *Chaulk* rendu à la majorité. Par conséquent, puisque je suis d'accord avec les motifs du juge en chef Lamer sur les autres moyens soulevés <sup>d</sup> par l'appelant, je souscris à la manière dont il propose de trancher le présent pourvoi.

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

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit d'un pourvoi parmi plusieurs soulevant des questions relatives à la présomption que chacun est sain d'esprit établie à l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, j'ai <sup>f</sup> indiqué mon désaccord avec le juge en chef Lamer et le juge Wilson quant à la réponse aux deux questions suivantes: (1) La présomption que chacun est sain d'esprit porte-t-elle atteinte à la présomption d'innocence contenue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? (2) L'adjectif «mauvais» dans l'expression du *Code* «savoir qu'un acte ou une omission est mauvais» signifie-t-il illégal ou <sup>g</sup> moralement répréhensible? Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, y compris le fait que le présent pourvoi a été entendu le même jour que le pourvoi *Chaulk* et le fait que le résultat, pour ce qui est de l'accusé, reste le même, je délivre les présents <sup>i</sup> motifs malgré le dépôt antérieur de l'arrêt *Chaulk* qui lie notre Cour. Vu mes conclusions dans l'arrêt *Chaulk*, je dois faire de brefs commentaires sur les questions en litige dans le présent pourvoi.

Les deux premières questions mentionnées dans les motifs du juge en chef Lamer visent la compatibi-



sumption of sanity in s. 16(4) of the *Code* is inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*. For the reasons I gave in *Chaulk*, I am of the view that the presumption of sanity, reflecting as it does the fundamental precondition to attribution of criminal responsibility and punishment, does not violate the presumption of innocence found in s. 11(d) of the *Charter*. In view of this conclusion, I need not consider the residual question of the application of s. 1 of the *Charter*.

The next two questions set out by Lamer C.J. concern the jurisdiction of the Court of Appeal under s. 686(1) of the *Criminal Code* (formerly s. 613(1)). In light of Lamer C.J.'s conclusion as to the meaning of "wrong" in s. 16(2), he directs that a new trial be held in order for the trier of fact to determine whether the appellant was rendered incapable, by reason of disease of the mind or "natural imbecility", of knowing that his act was morally wrong in the circumstances. As I explained in *Chaulk*, I do not agree with Lamer C.J.'s interpretation of "wrong" in s. 16(2) and I am satisfied that the jury, having been instructed by the trial judge that "wrong" in s. 16(2) means "legally wrong", would properly have considered whether the act was one which the appellant was capable of knowing that he ought not to do. I am of the opinion, therefore, that there is no error of law which would justify interference by this Court with the jury's guilty verdict. I further conclude that the jury's verdict is neither unreasonable nor unsupported by the evidence within the terms of s. 686(1)(a)(i).

I am in agreement with Lamer C.J.'s treatment of the fifth issue set out in his reasons that the trial judge's instruction to the jury on the matter of a verdict based on expert evidence did not amount to error.

Turning to the sixth issue raised by the appellant, Lamer C.J. considered it unnecessary to consider this question in view of his holding under s. 686(1). I am of the view that the Court of Appeal did not err in refusing to consider the further medical reports. The Court of Appeal appears to have correctly applied the

lité de la présomption que chacun est sain d'esprit selon le par. 16(4) du *Code* avec l'al. 11d) de la *Charte*. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Chaulk*, je suis d'avis que la présomption que chacun est sain d'esprit, qui traduit la condition préalable fondamentale à l'imposition de la responsabilité criminelle et d'une peine, ne viole pas la présomption d'innocence établie à l'al. 11d) de la *Charte*. Étant donné cette conclusion, il n'est pas nécessaire que j'examine la question résiduelle de l'application de l'article premier de la *Charte*.

Les deux questions suivantes énumérées par le juge en chef Lamer concernent la compétence de la Cour d'appel en vertu du par. 686(1) du *Code criminel* (auparavant le par. 613(1)). Vu sa conclusion quant au sens du mot «mauvais» au par. 16(2), le juge en chef Lamer ordonne la tenue d'un nouveau procès pour que le juge des faits décide si l'appellant était devenu incapable, à cause d'une maladie mentale ou d'une «imbécillité naturelle», de savoir que son acte était moralement répréhensible dans les circonstances. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Chaulk*, je ne suis pas d'accord avec l'interprétation que donne le juge en chef Lamer au mot «mauvais» du par. 16(2) et je suis convaincue que le jury, s'il avait reçu comme directive du juge du procès que «mauvais» au par. 16(2) signifie «illégal», se serait demandé à bon droit si l'appellant était capable de savoir qu'il s'agissait d'un acte qu'il ne devait pas accomplir. Je suis donc d'avis qu'il n'y a pas d'erreur de droit qui justifie notre Cour de modifier le verdict de culpabilité prononcé par le jury. Je conclus en outre que le verdict du jury n'est pas déraisonnable et qu'il peut s'appuyer sur la preuve au sens du sous-al. 686(1)a)(i).

Je suis d'accord avec la conclusion du juge en chef Lamer sur la cinquième question énumérée dans ses motifs, selon laquelle la directive que le juge du procès a donnée au jury au sujet d'un verdict fondé sur la preuve d'expert n'était pas erronée.

Quant à la sixième question soulevée par l'appellant, le juge en chef Lamer a estimé inutile de l'examiner vu sa conclusion en vertu du par. 686(1). Je suis d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en refusant d'examiner les rapports médicaux additionnels. Elle semble avoir appliqué correc-

principles set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, and, accordingly, this ground of appeal must also fail.

I would dismiss the appeal, were I not bound by *a Chaulk*.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—The issues in this appeal were settled *b* by the judgment of the majority in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. I therefore concur with Chief Justice Lamer.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitor for the appellant: Irwin Koziobrocki, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General *d* for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-François Dionne and Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General *f* for New Brunswick: The Deputy Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General *g* of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General *h* for Alberta: M. J. Watson, Edmonton.*

tement les principes exposés dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, et, par conséquent, ce moyen d'appel doit aussi échouer.

Si je n'étais pas liée par l'arrêt *Chaulk*, je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Les questions soulevées dans le présent pourvoi ont été réglées dans l'arrêt rendu à la majorité, *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Je souscris donc aux motifs du juge en chef Lamer.

*c Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureur de l'appellant: Irwin Koziobrocki, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-François Dionne et Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le sous-procureur général du Nouveau-Brunswick, 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: M. J. Watson, Edmonton.*

**Anthony Romeo** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ROMEO

File No.: 21380.

1990: May 30; 1991: January 25.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Present: Lamer C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

*Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused presumed sane until contrary is proved — Insanity to be proved by accused on balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable under s. 1 of Charter.*

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Defence's theory that accused insane when he killed police officer — Crown adducing evidence that accused's departure from U.S. connected to a court order to provide hair and blood samples in relation with a murder in New York State in order to counter insanity defence — Whether evidence pertaining to New York homicide admissible.*

*Criminal law — Trial — Addresses to jury — Improper statements by Crown's counsel — Whether trial judge erred in failing to comment on Crown counsel's prejudicial remarks in his charge to the jury — If so, whether appeal should be dismissed under*

\* Chief Justice at the time of judgment.

**Anthony Romeo** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROMEO

N° du greffe: 21380.

<sup>d</sup> 1990: 30 mai; 1991: 25 janvier.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

<sup>f</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Accusé présumé sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire — Obligation de l'accusé de prouver l'aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités — L'article 16(4) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 16(4) est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

<sup>h</sup> *Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Théorie de la défense que l'accusé était aliéné lorsqu'il a tué un agent de police — Pour réfuter la défense d'aliénation mentale le ministère public produit la preuve que le départ de l'accusé des É.-U. était relié à une ordonnance judiciaire de fournir des échantillons de cheveux et de sang en rapport avec un meurtre survenu dans l'État de New York — La preuve relative à l'homicide de New York est-elle admissible?*

<sup>i</sup> *Droit criminel — Procès — Exposés au jury — Déclarations inappropriées de l'avocat de la Couronne — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury en ne faisant pas d'observations sur les remarques préjudiciables de l'avocat de la Couronne?—*

\* Juge en chef à la date du jugement.

s. 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

The accused was charged with first degree murder. At trial, he admitted killing a police officer in New Brunswick, but raised the defence of insanity. Following a voir dire, the Crown adduced evidence establishing that the accused was a suspect in a murder which had taken place in New York State, and that he had been ordered by the authorities to provide hair and blood samples. The trial judge held that while the evidence was highly prejudicial to the accused, it was relevant and probative to explain why the accused had left his parents' home five days prior to the shooting and countered the defence of insanity. During his address to the jury, Crown counsel made certain prejudicial remarks with respect to the expert testimony of a defence witness. The trial judge did not comment on these remarks in his charge. The jury rejected the defence of insanity and the accused was convicted. On appeal, the majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge did not err in admitting the prejudicial evidence pertaining to the New York homicide, and that, while certain remarks made by Crown counsel during his address to the jury were "personal and slanted" and ought to have been the subject of comment by the trial judge so as to temper their effect, the trial judge's failure to do so did not in this case give rise to a miscarriage of justice.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

(1) *Presumption of Sanity/Presumption of Innocence*

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka and Cory JJ.: In view of the majority judgment of this Court in *Chaulk*, s. 16(4) of the *Criminal Code* infringes s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but constitutes a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: For the reasons given by McLachlin J. in *Chaulk*, the presumption of sanity in s. 16(4) of the *Code*, reflecting as it does the fundamental pre-condition of criminal responsibility and punishment, does not violate s. 11(d) of the *Charter*.

*Dans l'affirmative, le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu de l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46?*

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. Au procès, il a admis avoir tué un agent de police au Nouveau-Brunswick, mais a soulevé la défense d'aliénation mentale. Après un voir-dire, le ministère public a présenté une preuve établissant que l'accusé était un suspect dans une affaire de meurtre survenue dans l'État de New York, et qu'on lui avait ordonné de se présenter aux autorités pour fournir des échantillons de cheveux et de sang. Le juge du procès a conclu que, bien que la preuve ait été très préjudiciable pour l'accusé, elle était pertinente et probante car elle expliquait pourquoi l'accusé avait quitté la maison de ses parents cinq jours avant le meurtre, et qu'elle réfutait donc la défense d'aliénation mentale. Dans son exposé au jury, l'avocat de la Couronne a fait certaines remarques préjudiciables, relativement à la déposition d'un témoin expert de la défense. Le juge du procès n'a pas fait de commentaires sur ces remarques dans ses directives au jury. Le jury a rejeté la défense d'aliénation mentale et l'accusé a été déclaré coupable. En appel, la Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en admettant la preuve préjudiciable relative à l'homicide survenu dans l'État de New York et que, si certaines remarques faites par l'avocat de la Couronne dans son exposé au jury étaient «personnelles et tendancieuses» et que le juge du procès aurait dû faire des observations à leur égard de manière à atténuer leur effet, son omission de le faire n'a pas donné lieu à une erreur judiciaire.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

(1) *Présomption que chacun est sain d'esprit/Présomption d'innocence*

Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka et Cory: Compte tenu du jugement de notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Chaulk*, le par. 16(4) du *Code criminel* viole l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* mais constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: Pour les motifs exposés par le juge McLachlin dans l'arrêt *Chaulk*, la présomption que chacun est sain d'esprit établie au par. 16(4) du *Code*, qui traduit la condition préalable fondamentale à l'imposition de la responsabilité criminelle et d'une peine, ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte*.

(2) *Admissibility of Evidence*

The evidence pertaining to the homicide in New York State was properly admitted at trial. Evidence of the fact that the accused was under an order to provide hair and blood samples in connection with a murder in New York State was admissible as offering to the jury a reason for his flight from his parents' home. The evidence was admitted only after the defence had adduced evidence of the accused's tendency to "take off" on extended trips, without warning, following episodes of strange behaviour, in order to support the contention that he was mentally ill at the time of the offence.

(3) *Prejudicial Remarks*

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.: The remarks of Crown counsel were prejudicial to a degree sufficient to impose a legal duty on the trial judge to comment and thus ensure that the position of the defence was fairly put to the jury. The trial judge's failure to comment on Crown counsel's improper remarks constituted an incorrect decision on a question of law. No case has been made out for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. A new trial should be ordered.

*Per* L'Heureux-Dubé J., dissenting: For the reasons given by the majority in the Court of Appeal, the appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. The trial judge's failure to comment in his charge to the jury on the prejudicial remarks of Crown counsel did not amount to a miscarriage of justice in the circumstances of this case.

**Cases Cited**

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

By Wilson J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

By McLachlin J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

(2) *L'admissibilité de la preuve*

La preuve relative à l'homicide survenu dans l'État de New York a été admise à bon droit au procès. La preuve que l'accusé faisait l'objet d'une ordonnance de fournir des échantillons de cheveux et de sang en rapport avec un meurtre survenu dans l'État de New York était admissible parce qu'elle offrait au jury un motif de la fuite de l'accusé de la maison de ses parents. La preuve n'a été admise qu'après que la défense eut présenté la preuve de la tendance de l'accusé à «partir» en voyages prolongés, sans avertissement, après des périodes de comportement étrange, à l'appui de l'allégation qu'il souffrait de maladie mentale au moment de l'infraction.

(3) *Les remarques préjudiciables*

*Le* juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Cory et McLachlin: Les remarques de l'avocat de la Couronne étaient préjudiciables à un degré suffisant pour imposer au juge du procès l'obligation de faire des observations et de s'assurer ainsi que la théorie de la défense a été présentée au jury d'une manière équitable. L'omission du juge de faire des observations sur les remarques déplacées de l'avocat de la Couronne est une décision fautive sur une question de droit. On n'a pas démontré qu'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Un nouveau procès doit être ordonné.

*Le* juge L'Heureux-Dubé, dissidente: Pour les motifs exposés par la majorité en Cour d'appel, le pourvoi doit être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. L'omission du juge du procès de faire, dans ses directives au jury, des observations sur les remarques préjudiciables de l'avocat de la Couronne ne constitue pas une erreur judiciaire dans les circonstances de l'espèce.

**Jurisprudence**

*h* Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt appliqué:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

*i* Citée par le juge Wilson

**Arrêt appliqué:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

*j* Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d).  
*Constitution Act, 1982*.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16(4), 235  
[formerly s. 218], 686(1)(b)(iii) [formerly  
s. 613(1)(b)(iii)].

APPEAL from a judgment of the New Brunswick  
Court of Appeal (1989), 93 N.B.R. (2d) 332,  
238 A.P.R. 332, 47 C.C.C. (3d) 113, dismissing the  
accused's appeal from his conviction on a charge of  
first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered,  
L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Gary A. Miller and Gabriel Lapointe, Q.C.*, for the  
appellant.

*Manu Patel, Graham Sleeth and Bruce Judah*, for  
the respondent.

*S. R. Fainstein, Q.C.*, for the intervener the Attorney  
General of Canada.

*R. Libman*, for the intervener the Attorney General  
for Ontario.

*Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney  
General of Quebec.

*George Dangerfield, Q.C.*, for the intervener the  
Attorney General of Manitoba.

*Michael Watson*, for the intervener the Attorney  
General for Alberta.

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

LAMER C.J.—On March 8, 1987, the accused shot  
and killed a highway patrol officer who had stopped  
him for speeding on a rural road near Fredericton.  
The accused was charged with first degree murder,  
contrary to s. 235 of the *Criminal Code*, R.S.C.,  
1985, c. C-46 (formerly s. 218). At trial, the accused  
pleaded not guilty by reason of insanity.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(4), 235  
[auparavant l'art. 218], 686(1)b)(iii) [auparavant  
l'art. 613(1)b)(iii)].  
*Loi constitutionnelle de 1982*.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du  
Nouveau-Brunswick (1989), 93 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 332,  
238 A.P.R. 332, 47 C.C.C. (3d) 113, qui a rejeté  
l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité  
relativement à une accusation de meurtre au premier  
degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné,  
le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Gary A. Miller et Gabriel Lapointe, c.r.*, pour  
l'appellant.

*Manu Patel, Graham Sleeth et Bruce Judah*, pour  
l'intimée.

*S. R. Fainstein, c.r.*, pour l'intervenant le procureur  
général du Canada.

*R. Libman*, pour l'intervenant le procureur général  
de l'Ontario.

*Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur  
général du Québec.

*George Dangerfield, c.r.*, pour l'intervenant le procureur  
général du Manitoba.

*Michael Watson*, pour l'intervenant le procureur  
général de l'Alberta.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le 8 mars 1987,  
l'accusé a tué à l'aide d'une arme à feu un patrouil-  
leur routier qui l'avait arrêté pour excès de vitesse sur  
une route rurale près de Fredericton. Il a été accusé  
de meurtre au premier degré en vertu de l'art. 235 du  
*Code criminel*, L.R.C. (1985) ch. C-46 (auparavant  
l'art. 218). Au procès, l'accusé a plaidé non coupable  
pour cause d'aliénation mentale.

Romeo was convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for a period of twenty-five years. The accused's appeal to the New Brunswick Court of Appeal was dismissed, Ayles J.A. dissenting on a question of law: (1989), 93 N.B.R. (2d) 332. The accused now appeals to this Court.

### The Facts

Prior to the time of the offence, the accused had lived with his parents in New York State. Evidence was adduced at trial to establish that he had suffered from psychiatric problems since adolescence and would periodically leave his parents' home without warning to go on extended trips. Evidence was also admitted which established that the accused was a suspect in a murder which had taken place in New York State, and had been ordered to submit to the authorities by March 7, 1987, in order to provide hair and blood samples. The accused left his parents' home in New York State on March 3, 1987 and travelled by car through Quebec and on to New Brunswick. Several days later, the accused shot and killed the highway patrol officer who had stopped him for speeding.

At trial, the evidence pertaining to the New York State homicide was admitted after a *voir dire*. The trial judge held that while the evidence was highly prejudicial to the accused, it was relevant and probative to explain why Romeo had left his parents' home five days prior to the shooting and it therefore countered the defence of insanity.

Certain prejudicial remarks were made by Crown counsel during his address to the jury, with respect to the expert testimony of a defence witness:

Now, I have no quarrel, really, with Suzanne Canning's qualifications, but like Dr. Akhtar, I submit that she is totally wrong, very wrong. I submit that, first of all, she's an excellent witness, very good witness, I think she—she can talk. I'm a lawyer, have been now 30 years, I don't come close to her. She is good, I'll say that, but I submit that she is good in telling stories and

Romeo a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. L'appel de l'accusé à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a été rejeté, le juge Ayles étant dissident sur une question de droit: (1989), 93 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 332. L'accusé se pourvoit maintenant devant notre Cour.

### Les faits

Avant l'infraction, l'accusé vivait chez ses parents dans l'État de New York. La preuve produite au procès a établi qu'il souffrait de problèmes psychiatriques depuis son adolescence et qu'il quittait périodiquement la maison de ses parents sans avertissement pour faire des voyages prolongés. On a également admis des éléments de preuve qui ont établi que l'accusé était un suspect dans une affaire de meurtre survenu dans l'État de New York, et qu'on lui avait ordonné de se présenter aux autorités le 7 mars 1987 pour fournir des échantillons de cheveux et de sang. L'accusé a quitté la maison de ses parents dans l'État de New York le 3 mars 1987 et est passé par le Québec en auto pour aller au Nouveau-Brunswick. Quelques jours plus tard, l'accusé a tué à l'aide d'une arme à feu un patrouilleur routier qui l'avait arrêté pour excès de vitesse.

Après un voir-dire, on a admis au procès la preuve relative à l'homicide survenu dans l'État de New York. Le juge du procès a conclu que, bien que la preuve ait été très préjudiciable pour l'accusé, elle était pertinente et probante car elle expliquait pourquoi Romeo avait quitté la maison de ses parents cinq jours avant le meurtre, et qu'elle réfutait donc la défense d'aliénation mentale.

L'avocat de la Couronne a fait certaines remarques préjudiciables au cours de son exposé au jury, relativement à la déposition d'un témoin expert de la défense:

[TRADUCTION] Je ne conteste nullement la compétence de Suzanne Canning, mais comme le docteur Akhtar, je pense qu'elle a tort, tout à fait tort. J'estime, d'abord, qu'elle est un excellent témoin, un très bon témoin, je pense qu'elle—elle sait parler. Je suis avocat, je le suis depuis maintenant 30 ans, je ne lui arrive pas à la cheville. Elle sait faire, je l'admets, mais j'avance qu'elle

that's what she told you, and somebody has made up a story in the whole case, a story of insanity, and that's what was given to you, and this story can't be simple because it had to match so many other facts, so what was given to you was even much more than what you see in fairy tales. Fairy tales seem believable some but this is something I submit is far beyond fairy tales. You have to have a monster or a butcher, you have to have a phantom automobile, you have to have racketeering, some underworld going on, and because only when you have all these other delusions that you can answer every action of the accused, but on this monster, it's interesting, and very interesting, a lot of things Suzanne Canning has tried to cover. There is no description of the monster itself, and I bet—we didn't ask, but if we asked we probably would have had a painting of the monster from Dr. Suzanne Canning, but I'm just saying that if there was a delusion and Suzanne Canning was examining Mr. Romeo would you not expect Suzanne Canning to ask Mr. Romeo, "What kind of monster, would you describe the monster". Did it look like Hitler, did it look like some big, huge man? He was going around cutting people's heads. If you are a psychiatrist, well, what did he use, a chainsaw? How was he cutting off people's—where was he burning the bodies. Just it's thrown before you, that's the delusions. Now, maybe Mr. Romeo would not have been able to describe but there's nothing to explain. Just as I said, the monster is cast in front of us, and it boggles my mind. I've heard many stories but this is the top. [Emphasis added.]

(Quoted by the Court of Appeal, at pp. 350-51.)

Stevenson J. did not comment on these remarks in his charge to the jury.

#### Lower Court Judgments

*New Brunswick Court of Queen's Bench*  
(Stevenson J.)

The appellant was tried in the New Brunswick Court of Queen's Bench before Stevenson J., sitting with a jury. Defence counsel admitted that the appellant had shot and killed the highway patrol officer, but raised the defence of insanity. The jury rejected the defence of insanity and the appellant was convicted of first degree murder and was sentenced to

sait raconter des histoires et que c'est ce qu'elle vous a raconté; quelqu'un a fabriqué de toutes pièces une histoire dans cette affaire, une histoire d'aliénation mentale, et c'est ce qu'on vous a présenté, et cette histoire ne peut pas être simple parce qu'elle doit concorder avec de nombreux autres faits, de sorte que ce qu'on a présenté dépassait de beaucoup ce qu'on voit même dans les contes de fées. Les contes de fées peuvent paraître vraisemblables, mais j'avance que ceci surpasse de loin les contes de fées. On vous y met un monstre ou un boucher, une voiture fantôme, des rackets, des activités de la pègre, et ce, parce qu'on ne peut expliquer chacune des actions de l'accusé qu'avec toutes ces autres hallucinations. Mais à propos de ce monstre, il est intéressant, et très intéressant, de constater tout ce que Suzanne Canning a tenté de cacher. Le monstre lui-même n'est jamais décrit, et je parie, nous n'avons rien demandé, mais si nous l'avions demandé, je parie que nous aurions reçu du docteur Suzanne Canning un portrait du monstre. Mais je dis simplement que s'il y avait eu hallucination, ne peut-on pas s'attendre à ce que Suzanne Canning, lorsqu'elle a examiné Romeo, lui avait demandé «Quelle sorte de monstre? Pourriez-vous décrire le monstre?» Ressemblait-il à Hitler, ressemblait-il à un homme bien pris, immense? Il allait par-ci, par-là, couper la tête des gens. Si vous êtes psychiatre, n'est-ce pas, qu'utilisait-il, une scie mécanique? Comment coupait-il les gens—où brûlait-il les corps? Seulement, on vous les met sous le nez, voilà les hallucinations. Peut-être M. Romeo aurait-il été incapable de décrire, mais il n'y a rien qui explique. Comme je disais, on nous amène le monstre; j'en reste ahuri. J'ai entendu de nombreuses histoires, mais celle-ci les passe toutes. [Je souligne.]

(Cité par la Cour d'appel, aux pp. 350 et 351.)

Le juge Stevenson n'a pas fait de commentaires sur ces remarques dans son exposé au jury.

#### Jugements des instances inférieures

*Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (le juge Stevenson)

L'appellant a subi son procès en Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick devant le juge Stevenson et un jury. L'avocat de la défense a admis que l'appellant avait tué un patrouilleur routier à l'aide d'une arme à feu, mais il a soulevé la défense d'aliénation mentale. Le jury a rejeté ce moyen de défense et l'appellant a été déclaré coupable de



life imprisonment without eligibility for parole for a period of 25 years.

*Court of Appeal for New Brunswick* (Angers, Ayles (dissenting) and Ryan J.J.A.)

The appellant appealed his conviction to the Court of Appeal for New Brunswick on a number of grounds including: that the learned trial judge erred in admitting evidence pertaining to a homicide in New York State; and that the learned trial judge erred in his charge to the jury in that he was inconsistent in his directions on the essential elements of first degree murder, did not properly characterize the theory of the defence, failed to mention certain evidence supportive of the defence, gave differing treatment to psychiatrists for the defence and Crown, and failed to properly warn the jury to disregard certain inflammatory and prejudicial remarks made by Crown counsel during the trial.

The majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge did not err in admitting the prejudicial evidence pertaining to the New York State homicide. With respect to the trial judge's charge to the jury, the majority held that the jury was properly and adequately informed with respect to the nature of the appellant's defence and found no favoritism or bias in the language used by the trial judge when referring to the psychiatric evidence. The majority rejected the appellant's contention that Stevenson J. had misdirected the jury on the essential elements of first degree murder.

Finally, the majority found that while certain remarks made by Crown counsel during his address to the jury were "personal and slanted" and ought to have been the subject of comment by the trial judge so as to temper their effect, the failure of the trial judge to comment on the inappropriateness of the remarks did not give rise to a miscarriage of justice when the whole of the evidence was taken into account.

Ayles J.A., in dissent, held that Crown counsel's remarks were calculated "to inflame the jury" and did

meurtre au premier degré et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité d'être admis à la libération conditionnelle avant 25 ans.

*Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (les juges Angers, Ayles (dissident) et Ryan)

L'appelant a porté sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, invoquant plusieurs moyens, notamment: que le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve relative à un homicide survenu dans l'État de New York; et que le juge du procès avait commis des erreurs dans son exposé au jury en donnant des directives contradictoires sur les éléments essentiels du meurtre au premier degré, en ne décrivant pas adéquatement la théorie de la défense, en ne mentionnant pas certains éléments de preuve à l'appui de la défense, en traitant différemment les psychiatres cités par la défense et par le ministère public et en ne disant pas au jury de ne pas tenir compte de certaines remarques incendiaires et préjudiciables faites par l'avocat de la Couronne au cours du procès.

La Cour d'appel à la majorité conclut que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant la preuve préjudiciable relative à l'homicide survenu dans l'État de New York. Quant à l'exposé au jury, la majorité conclut que celui-ci a reçu des directives appropriés relativement à la nature de la défense de l'appelant et ne constate aucun favoritisme ou parti pris dans le langage employé par le juge du procès concernant la preuve psychiatrique. La majorité rejette la prétention de l'appelant que le juge Stevenson a donné des directives erronées sur les éléments essentiels du meurtre au premier degré.

Enfin, la majorité conclut que certaines remarques faites par l'avocat de la Couronne dans son exposé au jury étaient [TRADUCTION] «personnelles et tendancieuses» et que le juge du procès aurait dû faire des observations à leur égard de manière à atténuer leur effet, mais que l'omission du juge de faire des observations sur le caractère déplacé des remarques n'a pas donné lieu à une erreur judiciaire compte tenu de l'ensemble de la preuve.

Le juge Ayles, dissident, conclut que les remarques de l'avocat de la Couronne étaient destinées à [TRA-

not deal with the proper question of “which expert witness was to be believed”. He stated (at p. 356):

The intemperate statements in my view were unfair and prejudicial and ought to have been commented upon by the trial judge so as to refocus the minds of the jurors on the real question in issue.

In my opinion, the trial judge’s failure to instruct the jury as to these comments was a nondirection that amounted to an error of law.

Ayles J.A. was of the view that no case had been made out for the application of s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)) and that a new trial should therefore be ordered.

#### Issues

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on August 18, 1989:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellant has raised two further grounds of appeal in this Court:

3. That the New Brunswick Court of Appeal erred in ruling that the trial judge had not erred in admitting evidence pertaining to a homicide in New York State in connection with which the appellant had been ordered to provide hair and blood samples as a suspect;

4. That the majority in the New Brunswick Court of Appeal erred in failing to hold that the failure of the trial judge to instruct the jury with respect to the prejudicial remarks of Crown counsel constituted an error which could not be remedied by the application of Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

[TRANSLATION] «attiser le jury» et ne portaient pas sur la question de savoir [TRANSLATION] «lequel des témoins experts croire». Il dit (à la p. 356):

[TRANSLATION] Les déclarations excessives étaient à mon avis injustes et préjudiciables, et le juge du procès aurait dû les commenter de manière à ramener l’attention des jurés sur la véritable question en litige.

Je suis d’avis que l’omission du juge du procès de donner des directives au jury sur ces commentaires constituait une absence de directives et par conséquent un erreur de droit.

Le juge Ayles estime qu’on n’a pas prouvé que le sous-al. 613(1)(b)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)) doit s’appliquer, et qu’il y a donc lieu d’ordonner un nouveau procès.

#### d Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 18 août 1989:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l’art. 7 ou l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L’appellant a soulevé deux autres moyens d’appel devant notre Cour:

[TRANSLATION] 3. Que la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a conclu à tort que le juge du procès n’avait pas commis d’erreur en admettant la preuve relative à l’homicide survenu dans l’État de New York en rapport avec lequel l’appellant, considéré comme suspect, avait reçu l’ordre de fournir des échantillons de cheveux et de sang.

4. Que la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick à la majorité a commis une erreur en ne statuant pas que l’omission du juge du procès de donner au jury des directives relativement aux remarques préjudiciables de l’avocat de la Couronne constituait une erreur qui ne pouvait pas être corrigée par l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Analysis

The constitutional questions have been fully canvassed in this Court's judgment in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. In *Chaulk*, I held that while s. 16(4) of the *Criminal Code* does infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it constitutes a reasonable limit under s. 1 of the *Charter* and, therefore, is not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*. Accordingly, the first two grounds of appeal fail. I turn now to a consideration of the other issues raised by the appellant.

Evidence Pertaining to the Homicide in New York State

There are two basic questions which must be addressed in order to resolve this issue. The first question is whether this evidence was wrongly admitted at trial. If the evidence was wrongly admitted, the question arises whether the appeal should be nonetheless dismissed under s. 686(1)(b)(iii) on the basis that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

In my view, the evidence was properly admitted at trial. I agree with the Court of Appeal that evidence of the fact that Romeo was under an order to provide hair and blood samples in connection with a murder in New York State was admissible as offering to the jury a reason for his flight other than that it was another of Romeo's "sudden unexplained departures from home". This evidence was admitted only after the defence had adduced evidence (through the testimony of Romeo's father) of the accused's tendency to "take off" on extended trips, without warning, following episodes of strange behaviour, in order to support the contention that he was mentally ill at the time of the offence.

Having found that the evidence was not wrongly admitted at trial, it is unnecessary to consider the application of s. 686(1)(b)(iii) to this issue and the third ground of appeal fails.

Analyse

Les questions constitutionnelles ont été examinées à fond dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Dans cet arrêt, je conclus que le par. 16(4) du *Code criminel* viole l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu'il constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte* et, donc, qu'il est compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, les deux premiers moyens d'appel échouent. Examinons maintenant les autres questions soulevées par l'appelant.

La preuve relative à l'homicide survenu dans l'État de New York

Il faut examiner deux questions fondamentales pour trancher ce point. La première est de savoir si la preuve a été admise à tort au procès. Si la preuve a été admise à tort, la question se pose de savoir si l'appel doit néanmoins être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) pour le motif qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

À mon avis, la preuve a été admise à bon droit au procès. Je partage l'opinion de la Cour d'appel que la preuve que Romeo faisait l'objet d'une ordonnance de fournir des échantillons de cheveux et de sang en rapport avec un meurtre survenu dans l'État de New York était admissible parce qu'elle indiquait au jury que la fuite de Romeo pouvait ne pas être une autre de ses [TRADUCTION] «soudaines escapades inexplicables». La preuve n'a été admise qu'après que la défense eut présenté la preuve (par le témoignage du père de Romeo) de la tendance de l'accusé à «partir» en voyages prolongés, sans avertissement, après des périodes de comportement étrange, à l'appui de l'allégation qu'il souffrait de maladie mentale au moment de l'infraction.

Vu la conclusion que la preuve n'a pas été admise à tort au procès, il est inutile d'examiner l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) à cette question et le troisième moyen d'appel échoue.

Prejudicial Remarks by Crown Counsel

There are two basic questions which must be addressed in order to resolve this issue. The first question is whether the trial judge erred in not commenting on the prejudicial remarks of Crown counsel in his charge to the jury. If the nondirection does amount to an error of law, the question arises whether the appeal should be nonetheless dismissed under s. 686(1)(b)(iii) on the basis that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

I am in complete agreement with the dissenting reasons of Ayles J.A. with respect to this issue (at pp. 358-59):

[T]he remarks of Crown counsel were prejudicial to a degree sufficient to impose a legal duty on the trial judge to comment and thus ensure that the position of the defence, in this case the appellant's alleged insanity at the time that Officer Aucoin was killed, was fairly put to the jury. The failure of the trial judge to comment on Crown counsel's improper remarks constituted an incorrect decision on a question of law.

I also share his view that no case has been made out for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. I would therefore allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading Chief Justice Lamer's reasons in this appeal. The first two issues concern the constitutionality of s. 16(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Dickson C.J. stated the constitutional questions as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Les remarques préjudiciables de l'avocat de la Couronne

Il faut examiner deux questions fondamentales pour trancher ce point. La première est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en ne faisant pas d'observations sur les remarques préjudiciables de l'avocat de la Couronne dans son exposé au jury. Si l'absence de directives équivaut à une erreur de droit, la question se pose de savoir si l'appel doit néanmoins être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) pour le motif qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

Je suis tout à fait d'accord avec les motifs de dissidence du juge Ayles sur cette question (aux pp. 358 et 359):

[TRADUCTION] [L]es remarques de l'avocat de la Couronne étaient préjudiciables au point d'imposer au juge du procès l'obligation de commenter ces remarques et de garantir ainsi que la thèse de la défense, en l'espèce l'aliénation mentale de l'appelant au moment du meurtre de l'agent Aucoin, était présentée équitablement au jury. L'omission du juge du procès de commenter les remarques inconvenantes de l'avocat de la Couronne constituait une décision fautive sur une question de droit.

Je partage également son avis qu'on n'a pas démontré qu'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge en chef Lamer dans le présent pourvoi. Les deux premières questions en litige visent la constitutionnalité du par. 16(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le paragraphe 16(4) est-il justifié par l'article premier de la

and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

In the appeal in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, the majority of this Court held that while s. 16(4) of the *Criminal Code* infringed an accused's right to be presumed innocent in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it constituted a reasonable and justifiable limit on such right within the meaning of s. 1 of the *Charter*. I dissented on that issue holding that the infringement was not a reasonable and justifiable limit on the s. 11(d) right. I now consider myself bound by the majority decision in *Chaulk*. Accordingly, since I agree with Lamer C.J.'s reasons on the other issues raised by the appellant, I concur in his proposed disposition of this appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the advantage of reading both the reasons of Chief Justice Lamer and Justice McLachlin.

I respectfully agree with McLachlin J. in all respects except as to the ground of appeal relating to the Crown counsel's remarks. Both the Chief Justice and my colleague would order a new trial because of the failure of the trial judge in his charge to the jury to comment on Crown counsel's remarks. I disagree.

On that issue, I agree with the majority of the Court of Appeal for the reasons they expressed. While the Crown counsel's remarks were unfavourably slanted and ought to have been commented upon by the trial judge in his jury charge, I am not convinced that the trial judge's failure to comment amounted to a miscarriage of justice in the circumstances of this case. I would therefore dismiss the appeal under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

*Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, notre Cour, à la majorité, a conclu que, bien que le par. 16(4) du *Code criminel* viole le droit que l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît à un accusé d'être présumé innocent, il constitue, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable et justifiable imposée à ce droit. J'ai exprimé ma dissidence sur ce point dans cet arrêt, concluant que la violation ne constituait pas une limite raisonnable et justifiable imposée au droit reconnu à l'al. 11d). Je me considère maintenant liée par l'arrêt *Chaulk* rendu à la majorité. Par conséquent, puisque je suis d'accord avec les motifs du juge en chef Lamer sur les autres moyens soulevés par l'appelant, je souscris à la manière dont il propose de trancher le présent pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge en chef Lamer et du juge McLachlin.

Je suis respectueusement d'accord avec le juge McLachlin à tous égards sauf quant au point d'appel relatif aux remarques du procureur de la Couronne. Le Juge en chef et ma collègue sont tous deux d'opinion d'ordonner un nouveau procès au motif que le juge du procès a omis, dans son adresse au jury, de commenter les remarques du procureur de la Couronne. Je ne suis pas d'accord.

Sur ce point, je partage l'opinion de la majorité de la Cour d'appel pour les motifs qu'ils exposent. Malgré que les remarques du procureur de la Couronne étaient tendancieuses et auraient dû faire l'objet de commentaires de la part du juge du procès dans son adresse au jury, je ne suis pas convaincue cependant que l'omission du juge du procès de faire de telles observations constitue un déni de justice dans les circonstances de cette affaire. Je rejeterais en conséquence le pourvoi par application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

MCLACHLIN J.—This is one of a series of cases raising fundamental questions relating to the presumption of sanity in s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. As I explained in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, I respectfully disagree with my colleagues, Lamer C.J. and Wilson J., as to the proper resolution of these questions. In view of the peculiar circumstances of this case, including the fact that it was heard on the same day as *Chaulk* and that the result for the accused is not affected, I am issuing these reasons notwithstanding the prior issue of judgment in *Chaulk*, which is binding. I will therefore address one of the issues raised in this case in view of my conclusions in *Chaulk*.

The appellant argues that the presumption of sanity in s. 16(4) of the *Criminal Code* offends the presumption of innocence found in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As I explained in my reasons in *Chaulk*, I am of the view that the presumption of sanity, reflecting as it does the fundamental pre-condition of criminal responsibility and punishment, does not violate s. 11(d). Accordingly, this ground of appeal fails, and it is unnecessary for me to consider application of s. 1 of the *Charter*.

With respect to the other two grounds of appeal, I am in agreement with Lamer C.J. For the reasons expressed by top Lamer C.J., the evidence pertaining to the homicide in New York State was properly admitted at trial. I further agree with Lamer C.J., however, that a new trial must be ordered because of the trial judge's error in not commenting in his charge to the jury on the prejudicial remarks of Crown counsel.

I agree, therefore, that the appeal should be allowed and a new trial ordered.

LE JUGE MCLACHLIN— Il s'agit d'un pourvoi parmi plusieurs soulevant des questions fondamentales touchant la présomption que chacun est sain d'esprit établie à l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, je suis, avec égards, en désaccord avec le juge en chef Lamer et le juge Wilson sur ces questions. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, y compris le fait que le présent pourvoi a été entendu le même jour que le pourvoi *Chaulk* et le fait que le résultat, pour ce qui est de l'accusé, reste le même, je délivre les présents motifs malgré le dépôt antérieur de l'arrêt *Chaulk* qui lie notre Cour. Je vais donc examiner une des questions litigieuses soulevées en l'espèce en fonction de mes conclusions dans l'arrêt *Chaulk*.

L'appelant allègue que la présomption que chacun est sain d'esprit établie au par. 16(4) du *Code criminel* porte atteinte à la présomption d'innocence contenue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme je l'ai expliqué dans mes motifs de l'arrêt *Chaulk*, je suis d'avis que la présomption que chacun est sain d'esprit, qui traduit la condition préalable fondamentale à l'imposition de la responsabilité criminelle et d'une peine, ne viole pas l'al. 11d). Par conséquent, ce moyen d'appel échoue et il n'est pas nécessaire que j'examine l'application de l'article premier de la *Charte*.

Quant aux deux autres moyens d'appel, je suis d'accord avec le juge en chef Lamer. Pour les motifs exposés par le Juge en chef, la preuve relative à l'homicide survenu dans l'État de New York a été admise à bon droit au procès. Je suis également d'accord avec le juge en chef Lamer, cependant, qu'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès a commis une erreur, dans ses directives au jury, en ne faisant aucun commentaire sur les remarques préjudiciables de l'avocat de la Couronne.

Je suis donc également d'avis que le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné.

*Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissident.*

*Solicitors for the appellant: Breen Miller Clark, Fredericton; Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot, Montréal.*

*Procureurs de l'appelant: Breen Miller Clark, Fredericton; Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Manu Patel, Graham Sleeth and Bruce Judah, Fredericton.*

*Procureurs de l'intimée: Manu Patel, Graham Sleeth et Bruce Judah, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-François Dionne and Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-François Dionne et Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: M. J. Watson, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: M. J. Watson, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Pierre Landry** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LANDRY

File No.: 21217.

1990: May 29; 1991: January 25.

Present: Lamer C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

## ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Defences — Insanity — Court of Appeal setting aside accused's conviction for murder and substituting verdict of not guilty by reasons of insanity — Whether Court of Appeal erred in applying the word "wrong" in the sense of "morally wrong" to the notion of the "quality of the act" in s. 16(2) of the Criminal Code — Whether Court of Appeal erred in applying s. 686(1)(d) of the Code.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Accused charged with murder raising insanity defence — Court of Appeal relying on s. 7 of Charter to expand insanity defence to include situations where "disease of the mind" affects motive or moral justification of accused in committing criminal act — Whether Court of Appeal erred — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 16(2).*

The accused was charged with first degree murder. At trial, he conceded killing the victim but raised the defence of insanity pursuant to s. 16 of the *Criminal Code*. Uncontradicted evidence was given indicating that the accused suffered from a severe psychosis. He believed at the time of the murder that he was acting on God's orders to kill Satan. The accused knew that murder was a crime but believed, nevertheless, that the act was necessary in order to fulfill his Divine mission. The trial judge instructed the jury to consider the insanity defence, stating that the accused should not be convicted if he lacked the capacity, because of disease of the mind, to appreciate the nature or quality of his act or to know

\* Chief Justice at the time of judgment.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Pierre Landry** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LANDRY

N° du greffe: 21217.

<sup>b</sup>

1990: 29 mai; 1991: 25 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

<sup>c</sup>

## EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Annulation de la déclaration de culpabilité de l'accusé par la Cour d'appel qui l'a remplacée par un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant le mot «mauvais» au sens de «moralement répréhensible» à la notion de «qualité de l'acte» à l'art. 16(2) du Code criminel? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant l'art. 686(1)d) du Code?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Accusé inculpé de meurtre au premier degré invoquant la défense d'aliénation mentale — Cour d'appel s'appuyant sur l'art. 7 de la Charte pour étendre la défense d'aliénation mentale aux cas où la «maladie mentale» a un effet sur le mobile ou la justification morale d'un accusé dans la perpétration de l'acte criminel — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(2).*

L'intimé a été inculpé de meurtre au premier degré. Au procès, il a admis qu'il avait tué la victime mais il a soulevé la défense d'aliénation mentale en application de l'art. 16 du *Code criminel*. Une preuve non contredite présentée au procès indique que l'intimé souffrait d'une psychose grave. Il croyait au moment du meurtre qu'il agissait selon les ordres de Dieu pour tuer Satan. L'intimé savait que le meurtre était un crime mais il croyait néanmoins que l'acte était nécessaire pour remplir sa mission divine. Le juge du procès a expliqué au jury qu'il devait examiner le moyen de défense d'aliénation mentale, en disant que l'intimé ne devrait pas être déclaré coupable s'il n'était pas capable, en rai-

\* Juge en chef à la date du jugement.



that the act was legally wrong. The jury rejected the insanity defence and convicted the accused. The Court of Appeal set aside the accused's conviction and substituted a verdict of not guilty by reason of insanity. The Court held that the "appreciation of the quality of an act" for the purposes of the first branch of s. 16(2) involves an appreciation of the moral wrongfulness of the act. The Court further held that, in view of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 16 must be interpreted in a sufficient broad manner in order to offer a defence to the accused in this case.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka and Cory JJ.: In taking into account the accused's inability to know the moral wrongfulness of the act under the first branch of the test under s. 16(2) of the *Code*, that is, as part of appreciating the "nature or quality" of the act, the Court of Appeal interpreted s. 16(2) in a manner that clearly contradicted prior judgments of this Court. The first branch of the s. 16(2) test only protects an accused who, because of a disease of the mind, was incapable of appreciating the physical consequences of his act. The Court of Appeal erred also in using s. 7 of the *Charter* to modify the established interpretation of this statutory provision. However, the accused's acquittal is justified under the second branch of s. 16(2). It was established at trial and accepted by the Court of Appeal that the accused suffered from a disease of the mind to the extent that he was rendered incapable of knowing that the act was morally wrong in these circumstances. Given that the majority judgment of this Court in *Chaulk* redefined the word "wrong" in s. 16(2) to mean "morally wrong" rather than "legally wrong", the accused should have been acquitted by reason of insanity.

Although basing its decision on incorrect reasons, the Court of Appeal properly exercised its discretion under s. 686(1)(d) of the *Code*. If the jury had been properly directed in accordance with *Chaulk*, this Court is satisfied that a verdict of not guilty by reason of insanity would have resulted.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The Court of Appeal erred in its interpretation of the first branch of s. 16(2). The first branch refers only to an incapacity to

son de la maladie mentale, de juger la nature ou la qualité de son acte ou de savoir que l'acte était légalement mauvais. Le jury a rejeté la défense d'aliénation mentale et a déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et l'a remplacée par un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale. La cour a conclu que l'appréciation de la qualité d'un acte aux fins de la première partie du par. 16(2) comporte l'appréciation du caractère répréhensible de l'acte. La cour a conclu en outre que compte tenu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il fallait donner à l'art. 16 une interprétation assez large pour constituer un moyen de défense pour l'accusé en l'espèce.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka et Cory: En tenant compte de l'incapacité de l'accusé de juger le caractère moralement répréhensible de l'acte en vertu de la première partie du critère du par. 16(2) du *Code*, c.-à-d. dans le cadre de l'appréciation de la nature ou de la qualité de l'acte, la Cour d'appel a interprété le par. 16(2) d'une façon qui contredit clairement des arrêts antérieurs de notre Cour. La première partie du critère du par. 16(2) protège seulement l'accusé qui, en raison d'une maladie mentale, était incapable de juger les conséquences matérielles de son acte. La Cour d'appel a également fait erreur en utilisant l'art. 7 de la *Charte* pour modifier l'interprétation établie de cette disposition législative. Cependant l'acquiescement de l'accusé est justifié par la deuxième partie du par. 16(2). Il a été démontré au procès et admis par la Cour d'appel que l'accusé souffrait d'une maladie mentale au point qu'il n'était pas capable de juger que l'acte était moralement répréhensible dans les circonstances. Étant donné que le jugement de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Chaulk* a redéfini le mot «mauvais» au par. 16(2) et lui a attribué le sens de «moralement répréhensible» et non pas d'«illégal» ou de «légalement mauvais», l'accusé aurait dû être acquitté pour cause d'aliénation mentale.

Bien qu'elle ait fondé sa décision sur des motifs erronés, la Cour d'appel a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'al. 686(1)d) du *Code*. Si le jury avait reçu des directives appropriées, conformes à l'arrêt *Chaulk*, notre Cour est convaincue qu'il aurait prononcé un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: La Cour d'appel a commis une erreur dans son interprétation de la première partie du par. 16(2). La première partie du

appreciate the physical character of and the physical consequences which flow from an act or omission. Further, while the *Code* provisions must be interpreted in accordance with *Charter* values, the Court of Appeal erred in using s. 7 of the *Charter* to effectively re-interpret the first branch of s. 16(2) in order to achieve a result which is inconsistent with previous decisions of this Court.

The accused's claim of incapacity in this case is only relevant to the second branch of s. 16(2) — incapacity to know that an act or omission is wrong. For the reasons given by McLachlin J. in *Chaulk*, the inquiry for the second branch is whether the accused is incapable of knowing that an act or omission is wrong, in the sense of an act or omission that he or she ought not to do. Following the trial judge's instructions, the jury rejected the claim of insanity under both branches of s. 16(2). The jury determined that the accused had the capacity to know that his act was one which he ought not to do in law. The jury's verdict, therefore, should not be disturbed. It follows that this appeal would have been allowed but, given the majority judgment of this Court in *Chaulk*, which is binding, it must be dismissed.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029; *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; **referred to:** *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673.

By Sopinka J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

By McLachlin J.

**Applied:** *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16, 686(1)(d) [formerly s. 613(1)(d)].

par. 16(2) vise seulement l'incapacité de juger la nature et les conséquences matérielles d'un acte ou d'une omission. De plus, si les dispositions du *Code* doivent être interprétées en conformité avec les valeurs de la *Charte*, la Cour d'appel a commis une erreur en utilisant l'art. 7 de la *Charte* pour donner en réalité une nouvelle interprétation de la première partie du par. 16(2) en vue d'arriver à un résultat qui n'est pas compatible avec des arrêts antérieurs de notre Cour.

L'argument fondé sur l'incapacité de l'accusé n'est pertinent qu'à l'égard de la deuxième partie du par. 16(2), l'incapacité de juger qu'un acte ou une omission est mauvais. Pour les motifs exprimés par le juge McLachlin dans l'arrêt *Chaulk*, la question qui doit être posée relativement à la deuxième partie du par. 16(2) est de savoir si l'accusé est incapable de juger qu'un acte ou une omission est mauvais, dans le sens qu'il s'agit d'un acte ou d'une omission qu'il ne devrait pas accomplir. Suivant les directives du juge du procès, le jury a rejeté l'argument de l'aliénation mentale fondé sur les deux parties du par. 16(2). Le jury a déterminé que l'accusé était capable de savoir qu'en droit, son acte ne devrait pas être accompli. Le verdict du jury ne devrait donc pas être modifié. En conséquence, le pourvoi aurait été accueilli mais, comme nous sommes liés par le jugement de la majorité dans l'arrêt *Chaulk*, le pourvoi doit être rejeté.

### Jurisprudence

*f* Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts appliqués:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; **arrêt mentionné:** *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673.

Citée par le juge Sopinka

*h* **Arrêt appliqué:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts appliqués:** *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.

### Lois et règlements cités

*j* *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16, 686(1)d) [auparavant l'art. 613(1)d)].

**Authors Cited**

Martin, G. A. "Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981, 15. <sup>a</sup>

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1988), 26 Q.A.C. 194, 48 C.C.C. (3d) 552, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder and substituting a verdict of not guilty by reason of insanity. Appeal dismissed.

*Denis Dionne and Paul Roy*, for the appellant.

*Martin Tremblay*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Wilson, La Forest and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—The present appeal is concerned with the interpretation of s. 16(2) of the insanity provisions contained in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. More specifically, this Court has been asked to consider whether it is necessary for an accused, in order to be capable of "appreciating the nature or quality of an act or omission" for the purposes of s. 16(2), to have the capacity to understand the moral wrongfulness of the act. This appeal also raises the issue of whether the Court of Appeal erred in overturning the conviction at trial and finding the respondent not guilty by reason of insanity pursuant to s. 686(1)(d) (formerly s. 613(1)(d)). <sup>e</sup>

**Facts**

On April 21, 1984, Michel Fortin was found dead in his home, the victim of two gun-shot wounds in the head. The respondent was arrested the following day and questioned by police with respect to the incident. He had been charged and convicted, approximately three years earlier, of assaulting the victim. The respondent refused to speak to any police officers and was released several days later. <sup>j</sup>

**Doctrine citée**

Martin, G. A. «Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law». In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981, 15.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1988), 26 Q.A.C. 194, 48 C.C.C. (3d) 552, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré et l'a remplacée par un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale. Pourvoi rejeté. <sup>c</sup>

*Denis Dionne et Paul Roy*, pour l'appelante.

*Martin Tremblay*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Wilson, La Forest et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi porte sur l'interprétation du par. 16(2) des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, sur l'aliénation mentale. Plus précisément, on a demandé à notre Cour d'examiner la question de savoir s'il était nécessaire, pour être en mesure «de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission» aux fins du par. 16(2), qu'un accusé puisse comprendre que l'acte est moralement mauvais. Le présent pourvoi soulève également la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en écartant la déclaration de culpabilité prononcée au procès et en déclarant l'accusé non coupable pour cause d'aliénation mentale aux termes de l'al. 686(1)(d) (auparavant l'al. 613(1)(d)). <sup>h</sup>

**Les faits**

Le 21 avril 1984, Michel Fortin a été trouvé mort dans sa maison; il avait succombé à deux blessures par balles à la tête. L'intimé a été arrêté le lendemain et a été interrogé par les policiers au sujet de l'incident. Il avait été accusé et déclaré coupable, environ trois ans auparavant, de voies de fait contre la victime. L'intimé a refusé de parler aux policiers et a été remis en liberté plusieurs jours plus tard.

Almost four months later, in response to renewed questioning by the police, the respondent confessed to having caused the death of Mr. Fortin. He admitted that he had planned the event: he had acquired a firearm for this purpose some time earlier and had entered the home of the victim on the day in question with the weapon concealed on his person. After firing two shots at the victim's head, he left the premises, threw the firearm in a river and returned to his own home.

The respondent was convicted of first degree murder by a jury in the Superior Court of Quebec. The respondent conceded that he had committed the physical act of killing Mr. Fortin, but argued that he should be found not guilty by reason of insanity pursuant to s. 16 of the *Criminal Code*. Uncontradicted evidence was given at trial that the respondent suffered from a severe psychosis that made him believe that he was God and had a mission to destroy all forces of evil on Earth. He suffered from the further delusion that Mr. Fortin was "Satan" and that he had to kill him in order to rid the Earth effectively of all evil forces. The respondent knew that murder was a crime and that he would in all likelihood be arrested for this act, but he believed nevertheless that the act was necessary in order to fulfill his Divine mission. The trial judge instructed the jury to consider the insanity defence, stating that the respondent should not be convicted if he lacked the capacity, because of disease of the mind, to appreciate the nature or quality of his act or to know that the act was legally wrong.

The Court of Appeal of Quebec unanimously set aside the respondent's conviction and substituted a verdict of not guilty by reason of insanity: (1988), 48 C.C.C. (3d) 552, 26 Q.A.C. 194 (hereinafter cited to C.C.C.).

#### Relevant Statutory Provisions

##### *Criminal Code*

16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was insane.

Près de quatre mois plus tard, en réponse à un nouvel interrogatoire des policiers, l'intimé a avoué avoir causé la mort de M. Fortin. Il a admis qu'il avait prémédité son acte: il avait obtenu une arme à feu à cette fin quelque temps auparavant et il était entré dans la maison de la victime le jour en question avec l'arme dissimulée sur lui. Après avoir tiré deux coups de feu à la tête de sa victime, il a quitté les lieux, a jeté l'arme dans une rivière et est retourné chez lui.

L'intimé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré par un jury en Cour supérieure du Québec. L'intimé a admis qu'il avait commis matériellement l'acte de meurtre de M. Fortin, mais il a soutenu qu'il devait être déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale en application de l'art. 16 du *Code criminel*. Une preuve non contredite présentée au procès indique que l'intimé souffrait d'une psychose grave qui lui faisait croire qu'il était Dieu et qu'il avait pour mission de détruire toutes les forces du mal sur Terre. En proie à d'autres hallucinations, il pensait que M. Fortin était «Satan» et qu'il devait le tuer pour réellement délivrer la Terre de toutes les forces du mal. L'intimé savait que le meurtre était un crime et que, selon toute vraisemblance, il serait arrêté pour cet acte, mais il croyait néanmoins que l'acte était nécessaire pour remplir sa mission divine. Le juge du procès a expliqué au jury, dans ses directives, qu'il devait examiner le moyen de défense d'aliénation mentale, et que l'intimé ne devrait pas être déclaré coupable s'il n'était pas capable, en raison de sa maladie mentale, de juger la nature ou la qualité de son acte ou de savoir que l'acte était légalement mauvais.

La Cour d'appel du Québec, à l'unanimité, a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé et l'a remplacée par un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale: (1988), 48 C.C.C. (3d) 552, 26 Q.A.C. 194 (ci-après cité au Q.A.C.).

#### Dispositions législatives pertinentes

##### *Code criminel*

16. (1) Nul ne peut 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) For the purposes of this section, a person is insane when the person is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders the person 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 that person to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused the act or omission of that person.

(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.

. . .

686. (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 trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

. . .

(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;

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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.

Lower Court Judgments

*Quebec Superior Court*

The respondent was tried before Ducros J., sitting with a jury, in the Superior Court. He was convicted of first degree murder. The only defence raised at

(2) Pour l'application du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité 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 d'autres égards, ne peut 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.

. . .

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant 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:

e

. . .

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;

*Charte canadienne des droits et libertés*

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.

Jugements des instances inférieures

*Cour supérieure du Québec*

L'intimé a subi son procès devant le juge Ducros, siégeant avec jury, en Cour supérieure. Il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Le seul

trial was insanity and this defence was rejected by the jury.

*Quebec Court of Appeal (per Beauregard, Nichols and Tourigny J.J.A.)*

The respondent appealed his conviction to the Quebec Court of Appeal on the grounds that the trial judge erred in law in refusing to admit into evidence a psychiatric report, that “inflammatory” statements by Crown counsel caused irreparable prejudice to the respondent and to his right to make a full defence, that the trial judge failed to direct the jury adequately on s. 16 as well as on certain ancillary matters, and that the verdict rendered by the jury was unreasonable in light of the evidence.

The Court agreed that the respondent suffered from a disease of the mind at the time he committed the offence. The principal question, therefore, was whether the mental disorder rendered him incapable of appreciating the nature or quality of his act or of knowing that the act was wrong.

Beauregard J.A. did not dispute the fact that the respondent was aware that he was committing murder and that murder was illegal. These facts, however, did not in his view preclude the respondent from invoking s. 16 since he believed at the time that he was acting on God’s orders to kill Satan. The trial judge’s direction to the jury did not explain adequately that the respondent should be acquitted if it was believed that he suffered from such a delusion. Citing an excerpt from a lecture given by Martin J.A. of the Court of Appeal of Ontario, Beauregard J.A. believed that, given the delusion from which he suffered, the respondent could not have appreciated the nature and quality of the act. In his lecture, Martin J.A. made the following comments with respect to the consequences that would flow from defining “wrong” in s. 16(2) to mean “legally wrong” rather than “morally wrong”:

In the following example given by Stephen it might perhaps make a difference [*History of the Criminal Law of England* (1883), Vol. II, p. 149]:

moyen de défense soulevé au procès était l’aliénation mentale et ce moyen de défense a été rejeté par le jury.

*Cour d’appel du Québec (les juges Beauregard, Nichols et Tourigny)*

L’intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d’appel du Québec sur le fondement que le juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de recevoir en preuve un rapport psychiatrique, que les propos «incendiaires» du substitut du procureur général ont causé un préjudice irréparable à l’intimé et à son droit de présenter une défense complète, que le juge du procès a omis de donner des directives adéquates au jury relativement à l’art. 16 ainsi qu’à certaines questions subsidiaires, et que le verdict rendu par le jury était déraisonnable compte tenu de la preuve.

La cour a convenu que l’intimé souffrait d’une maladie mentale au moment où il a commis l’acte criminel. Par conséquent, la question principale était de savoir si la maladie mentale l’avait rendu incapable de juger la nature ou la qualité de son acte ou de savoir que l’acte était mauvais.

Le juge Beauregard n’a pas contesté le fait que l’intimé savait qu’il commettait un meurtre et que ce meurtre était illégal. Toutefois, à son avis, ces faits n’empêchaient pas l’intimé d’invoquer l’art. 16 étant donné qu’il croyait à ce moment-là qu’il agissait selon les ordres de Dieu pour tuer Satan. Le juge du procès dans son exposé au jury n’a pas expliqué de façon adéquate que l’intimé devait être acquitté si l’on croyait qu’il avait des hallucinations sur ce point. Citant un extrait d’une conférence prononcée par le juge Martin de la Cour d’appel de l’Ontario, le juge Beauregard a exprimé l’avis que, compte tenu des hallucinations dont l’intimé souffrait, il n’avait pas pu juger la nature et la qualité de l’acte. Dans sa conférence, le juge Martin a fait les remarques suivantes sur les conséquences d’une définition du terme «mauvais» au par. 16(2) qui lui attribuerait le sens de «légalement mauvais» plutôt que de «moralement répréhensible»:

[TRADUCTION] Dans l’exemple suivant cité par Stephen il pourrait y avoir une différence [*History of the Criminal Law of England* (1883), Vol. II, p. 149]:

A kills B, knowing that he is killing B, and knowing that it is illegal to kill B, but under an insane delusion that the salvation of the human race will be obtained by his execution for the murder of B, and that God has commanded him (A) to produce that result by these means. A's act is a crime if the word "wrong" means illegal. It is not a crime if the word "wrong" means morally wrong.

It would appear likely, however, that a jury, if it was satisfied that the accused was acting under a delusion such as that described, would probably conclude that he was incapable of "appreciating" the nature and quality of the act as that word has been interpreted by the Canadian courts.

(G. A. Martin, "Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law", in S. J. Hucker, C. D. Webster and M. H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), 15, at p. 21.)

Beauregard J.A. reasoned from the concluding remarks of this statement that s. 16(2) must not be interpreted in such a restrictive manner as to convict an accused such as the person described by Martin J.A. and, therefore, the respondent. Moreover, such an interpretation would contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (at p. 563):

[TRANSLATION] If s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prevents Parliament from permitting a person to be stigmatized by a conviction for murder other than under a legal provision which is in conformity with the principles of fundamental justice, and if one must necessarily interpret laws in conformity with our Constitution, I am of the opinion that s. 16 must be interpreted in a sufficiently broad manner in order to offer a defence to the appellant in the present case.

Landry who knew that he was killing Fortin and who knew that it was unlawful, is guilty of murder despite his mental disorder. But, even if Landry knew the nature and the consequences of his act and even if he knew that it was unlawful, he was incapable of appreciating the nature and quality of his act if, at that moment, he thought that he was God and that Fortin was Satan. This is an error in judgment arising from the confusion between Landry and God, and Fortin and Satan.

Nichols J.A. concurred in the conclusions reached by Beauregard J.A. He noted that there is no doubt,

A tue B, sachant qu'il tue B, et sachant qu'il est illégal de tuer B mais, en proie à des hallucinations, pensant que le salut de la race humaine sera obtenu par son exécution pour le meurtre de B, et que Dieu lui (A) a commandé d'arriver à ce résultat par ce moyen. L'acte de A est un crime si le terme «mauvais» signifie illégal. Il ne s'agit pas d'un crime si le terme «mauvais» signifie moralement répréhensible.

Toutefois, il semble vraisemblable que, s'il devait être convaincu que l'accusé agissait en proie à des hallucinations comme celles qui sont décrites, un jury conclurait probablement qu'il était incapable de «juger» la nature et la qualité de l'acte selon l'interprétation de ce terme par les tribunaux canadiens.

(G. A. Martin, «Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law», dans S. J. Hucker, C. D. Webster et M. H. Ben-Aron, éd., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), 15, à la p. 21.)

Le juge Beauregard a tiré des dernières remarques de cet extrait la conclusion que le par. 16(2) ne doit pas être interprété de façon si restrictive qu'il faille déclarer coupable un accusé comme la personne décrite par le juge Martin et, par conséquent, l'intimé. De plus, une telle interprétation porterait atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (aux pp. 210 et 211):

Si l'article 7 de la Charte empêche le Parlement de permettre qu'une personne puisse être stigmatisée par une condamnation de meurtre autrement que par une disposition légale qui est conforme avec les principes de justice fondamentales (*sic*), et s'il faut d'abord interpréter les textes de loi comme conformes à notre constitution, je suis d'opinion qu'il faut interpréter l'article 16 d'une façon assez large pour offrir une défense à l'appelant dans le présent dossier.

Landry qui sait qu'il tue Fortin et qui sait que cela est illégal est coupable de meurtre malgré son dérangement mental. Mais, même si Landry connaît la nature et la conséquence de son acte et même s'il sait que c'est illégal, il est incapable de juger la nature et la qualité de son acte si, à ce moment-là, il pense qu'il est Dieu et que Fortin est Satan: il y a erreur de jugement provenant de la confusion entre Landry et Dieu et Fortin et Satan.

Le juge Nichols souscrit aux conclusions du juge Beauregard. Il souligne que, indubitablement, par

as a result of the judgments of this Court in *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, and *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, that the word “wrong” as used in the second branch of s. 16(2) means “legally wrong”. He held, however, that the appreciation of the quality of an act for the purposes of the first branch of s. 16(2) involves an appreciation of the moral wrongfulness of the act (at pp. 564-65):

[TRANSLATION] When one says that an act is wrong, one indubitably refers to the quality of the act.

When one says that the word “wrong” must be interpreted as meaning legally wrong, one must then ask whether the law makes the quality of the act, the determinative criterium.

To ask the question is to answer it. It suffices to read s. 16(2) in its entirety without attempting to compartmentalize each of the words of the section as if they should necessarily have different meanings. The word “wrong” must be read having regard to the quality of the act.

In the first part of s. 16(2), the disease of the mind, in order to justify a defence of insanity, must be one which, on a balance of probabilities, renders the accused incapable of *appreciating*—among others—the quality of his act. In a second part of the section, the disease of the mind may also justify a defence of insanity if it renders the accused incapable of *knowing* that his act is wrong. [Emphasis in original.]

In light of the evidence at trial, the Court of Appeal overturned the conviction and entered a verdict of not guilty by reason of insanity under former s. 613(1)(d) of the *Criminal Code*.

The appellant now appeals the decision of the Court of Appeal to this Court.

#### Issues

The appellant frames the issues as follows:

suite des arrêts de notre Cour dans *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, et *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, le terme «mauvais» utilisé dans la deuxième partie du par. 16(2) signifie «légalement mauvais». Toutefois, il conclut que l’appréciation de la qualité d’un acte aux fins de la première partie du par. 16(2) comporte l’appréciation du caractère moralement répréhensible de l’acte (à la p. 201):

Lorsqu’on dit qu’un acte est mauvais on se réfère indubitablement à la qualité de l’acte.

Lorsqu’on dit que le mot «mauvais» doit être interprété comme voulant dire légalement mauvais, il faut donc se demander si la loi fait de la qualité de l’acte un critère déterminant.

La réponse à cette question va de soi. Il suffit de lire l’article 16(2) dans son ensemble sans tenter de compartimenter chacun des mots de l’article comme s’ils devaient nécessairement avoir un sens différent. Le mot «mauvais» doit être lu en regard de la qualité de l’acte.

Dans la première partie de l’article 16(2) la maladie mentale, pour justifier une défense d’aliénation mentale, doit être telle que, suivant une balance de probabilités, elle rende l’accusé incapable de juger—entre autres—de la qualité de son acte. Dans la seconde partie de l’article, la maladie mentale peut encore justifier une défense d’aliénation mentale si elle rend l’accusé incapable de savoir que son acte est mauvais. [Souligné dans l’original.]

Compte tenu de la preuve présentée au procès, la Cour d’appel a infirmé la déclaration de culpabilité et a rendu un verdict de non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale en application de l’ancien al. 613(1)d) du *Code criminel*.

L’appelante se pourvoit maintenant devant notre Cour contre l’arrêt de la Cour d’appel.

#### i Les questions en litige

L’appelante soulève les questions suivantes:



## [TRANSLATION]

- |  |   |
|--|---|
| <p>1. Did the Court of Appeal of Quebec err in law in applying the word “wrong” in the sense of “morally wrong” to the notion of the “quality of the act” in s. 16(2) of the <i>Criminal Code</i>?</p>   | <p>1. La Cour d’appel du Québec a-t-elle erré en droit en appliquant le mot «mauvais» au sens de moralement mauvais à la «qualité de l’acte» à l’article 16(2) du <i>Code criminel</i>?</p>   |
| <p>2. Did the Court of Appeal of Quebec err in law in relying on s. 7 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> to expand the insanity defence to include situations where the “disease of the mind” affects the motive or moral justification of an accused in committing a criminal act?</p> | <p>2. La Cour d’appel du Québec a-t-elle erré en droit en se basant sur l’article 7 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> pour élargir la défense d’aliénation mentale au point de couvrir l’erreur de jugement constituant le mobile ou la justification morale de l’accusé pour commettre un acte criminel?</p> |
| <p>3. Did the Court of Appeal of Quebec err in law in applying former s. 613(1)(d) [now s. 686(1)(d)] of the <i>Criminal Code</i> in this instance?</p>  | <p>3. La Cour d’appel du Québec a-t-elle erré en droit en appliquant l’al. 613(1)d) [maintenant l’al. 686(1)d)] du <i>Code criminel</i> en l’espèce?</p>  |

Analysis

In my view, the first two issues raised in this appeal are effectively resolved by the judgment of this Court in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

In *Chaulk*, this Court reconsidered its interpretation of the word “wrong” in s. 16(2). In *Schwartz*, *supra*, the majority of this Court held that “wrong” for the purposes of s. 16(2) means “legally wrong”. The trial judge and the Court of Appeal in the case at bar relied on our decision in *Schwartz* in interpreting the second arm of s. 16(2) and thus applied that test in a restrictive manner that excluded any consideration of the respondent’s capacity to know the moral wrongfulness of his act. As a result, Nichols J.A. felt compelled to take into account the respondent’s inability to know the moral wrongfulness of the act under the first branch of the test, that is, as part of appreciating the “nature or quality” of the act. Furthermore Beauregard J.A. invoked s. 7 of the *Charter* in order to extend the scope of s. 16(2) to protect an accused who is incapable of appreciating the moral wrongfulness of an act.

I am unable to support the reasoning that led to the Court of Appeal’s conclusion. The Court of Appeal interpreted s. 16(2) in a manner that clearly contradicted prior judgments of this Court. In accordance with our decisions in *Cooper v. The Queen*, *supra*,

Analyse

À mon avis, les deux premières questions soulevées dans le présent pourvoi sont en fait tranchées par l’arrêt de notre Cour *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

Dans l’arrêt *Chaulk*, notre Cour a réexaminé son interprétation du terme «mauvais» au par. 16(2). Dans l’arrêt *Schwartz*, précité, la Cour, à la majorité, a conclu que «mauvais» aux fins du par. 16(2) signifie «légalement mauvais». Le juge du procès et la Cour d’appel en l’espèce se sont fondés sur notre arrêt *Schwartz* pour interpréter la deuxième partie du par. 16(2) et ont par conséquent appliqué ce critère d’une manière restrictive qui excluait tout examen de la capacité de l’intimé de juger le caractère moralement répréhensible de son acte. Par conséquent, le juge Nichols s’est senti obligé de tenir compte de l’incapacité de l’intimé de juger le caractère moralement répréhensible de l’acte aux termes de la première partie du critère, c.-à-d. pour évaluer la «nature ou la qualité» de l’acte. En outre, le juge Beauregard a invoqué l’art. 7 de la *Charte* pour étendre la portée du par. 16(2) afin de protéger un accusé qui est incapable de juger le caractère moralement répréhensible d’un acte.

Je ne peux appuyer le raisonnement qui a permis à la Cour d’appel d’arriver à sa conclusion. La Cour d’appel a interprété le par. 16(2) d’une manière qui contredit clairement les arrêts antérieurs de notre Cour. Conformément aux arrêts *Cooper c. La Reine*,

*Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617, and *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, the first branch of the s. 16(2) test protects an accused who, because of a disease of the mind, was incapable of appreciating the physical consequences of his act. The Court of Appeal erred in using s. 7 of the *Charter* to modify the established interpretation of this statutory provision.

Despite my disagreement with the reasons of the Court of Appeal, I believe that it reached the correct result. It is my opinion that if the Court of Appeal had had the benefit of this Court's judgment in *Chaulk*, it would have reached the identical conclusion for different reasons. It was established at trial and accepted by the Court of Appeal that the respondent in this case suffered from a disease of the mind to the extent that he was rendered incapable of knowing that the act was morally wrong in the circumstances. He suffered from the delusion that he was God and that he had a Divine mission to kill the victim, Mr. Fortin. As a result, for the reasons given by this Court in *Chaulk*, I agree with the Court of Appeal that the respondent should have been acquitted by reason of insanity. This acquittal, however, is justified under the second branch of s. 16(2) and not, as the Court of Appeal decided, under the first branch.

The appellant submits that the Court of Appeal erred in law by substituting a verdict of not guilty by reason of insanity under former s. 613(1)(d) of the *Code* in this instance. In *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029, I described the jurisdiction conferred on a court of appeal by s. 613 (at pp. 1042-44):

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 the context of appeals against conviction,

précité, *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617, et *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, la première partie du critère du par. 16(2) protège l'accusé qui, en raison d'une maladie mentale, était incapable de juger les conséquences matérielles de son acte. La Cour d'appel a commis une erreur en utilisant l'art. 7 de la *Charte* pour modifier l'interprétation établie de cette disposition législative.

Malgré mon désaccord avec les motifs de la Cour d'appel, je suis d'avis qu'elle est arrivée à la bonne conclusion. Je suis d'avis que si la Cour d'appel avait eu l'avantage de connaître l'arrêt *Chaulk* de notre Cour, elle serait arrivée à une conclusion identique sur le fondement de motifs différents. Il a été démontré au procès et admis par la Cour d'appel que l'intimé en l'espèce souffrait d'une maladie mentale au point qu'il n'était pas capable de juger que l'acte était moralement répréhensible dans les circonstances. Il souffrait d'une hallucination qu'il lui faisait croire qu'il était Dieu et qu'il avait pour mission divine de tuer la victime, M. Fortin. En conséquence, pour les motifs exposés par notre Cour dans l'arrêt *Chaulk*, je conviens avec la Cour d'appel que l'intimé aurait dû être acquitté pour cause d'aliénation mentale. Toutefois, cet acquittement est justifié en vertu de la deuxième partie du par. 16(2) et non, comme l'a jugé la Cour d'appel, en vertu de la première partie.

L'appelante soutient que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en substituant un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale aux termes de l'ancien al. 613(1)d) du *Code* en l'espèce. Dans l'arrêt *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029, j'ai décrit la compétence conférée à la Cour d'appel par l'art. 613 (aux pp. 1042 à 1044):

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

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. 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, b
  - 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; c
  - 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. d
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). e
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. [Citations omitted.] f

In my respectful view, the Court of Appeal, although basing its decision on incorrect reasons, correctly exercised its discretion under former s. 613(1)(d) of the *Code*. The facts of this case bring into play the second principle that I summarized in *Mailloux*. The defence of insanity was raised at trial and, as discussed above, there was an error of law in the form of a misdirection on the issue: the jury was directed that the respondent could not succeed under the second branch of s. 16(2) if it was found that he had the capacity to know that his act was a legal wrong. I am satisfied that if the jury had been prop-

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). Cette façon de procéder, que l'avocat de l'intimé 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'appelant 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. g
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, h
  - 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;
  - 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.
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. [Renvois omis.]

Avec égards, j'estime que la Cour d'appel, bien qu'elle ait fondé sa décision sur des motifs erronés, a exercé à bon droit le pouvoir discrétionnaire que lui conférait l'ancien al. 613(1)(d) du *Code*. Les faits de l'espèce entraînent l'application du deuxième principe que j'ai résumé dans l'arrêt *Mailloux*. La défense d'aliénation mentale a été soulevée au procès et, comme je l'ai mentionné précédemment, il y a eu une erreur de droit sous la forme d'une directive erronée sur la question: on a dit au jury que l'intimé ne pouvait pas avoir gain de cause aux termes de la deuxième partie du par. 16(2) si on concluait qu'il

erly directed in accordance with this Court's judgment in *Chaulk*, a verdict of not guilty by reason of insanity would have been the result. Since there was in fact a misdirection, the third principle summarized in *Mailloux* does not apply and it is not necessary to ask specifically whether the verdict was unreasonable or cannot be supported by the evidence. In my view, the Court of Appeal acted within the guidelines set out in *Mailloux*. I would, on this basis, affirm the decision of the Court of Appeal.

For these reasons, I would dismiss the appeal and confirm the verdict of not guilty by reason of insanity entered by the Court of Appeal pursuant to former s. 613(1)(d) of the *Criminal Code*.

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

MCLACHLIN J.—This is one of a series of appeals concerned with the insanity provisions in s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. I explained in my reasons in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, how my views on s. 16 differ from those of my colleagues Lamer C.J. and Wilson J. In view of the peculiar circumstances of this case, including the fact that it was heard on the same day as *Chaulk* and that the result for the accused is not affected, I am issuing these reasons notwithstanding the prior issue of judgment in *Chaulk*, which is binding. Consistent with the position I adopted in *Chaulk*, therefore, I will make a brief comment on the issues raised by this case.

Lamer C.J. sets out the issues in this case as follows:

[TRANSLATION]

1. Did the Court of Appeal of Quebec err in law in applying the word "wrong" in the sense of "morally wrong" to the notion of the "quality of the act" in s. 16(2) of the *Criminal Code*?

était capable de juger que son acte était légalement mauvais. Je suis convaincu que si le jury avait reçu des directives appropriées, conformes à l'arrêt *Chaulk* de notre Cour, il aurait prononcé un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale. Étant donné qu'il y a en fait eu une directive erronée, le troisième principe résumé dans l'arrêt *Mailloux* ne s'applique pas et il n'est pas nécessaire de demander précisément si le verdict était déraisonnable ou ne pouvait être appuyé par la preuve. À mon avis, la Cour d'appel a agi dans le cadre des lignes directrices établies dans l'arrêt *Mailloux*. Sur ce fondement, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale prononcé par la Cour d'appel en application de l'ancien al. 613(1)d) du *Code criminel*.

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

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit d'un pourvoi parmi plusieurs concernant les dispositions relatives à l'aliénation mentale contenues à l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. J'ai expliqué dans mes motifs de l'arrêt connexe *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, en quoi mon opinion différerait de celles de mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Wilson. Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, y compris le fait que le présent pourvoi a été entendu le même jour que le pourvoi *Chaulk* et le fait que le résultat, pour ce qui est de l'accusé, reste le même, je délivre les présents motifs malgré le dépôt antérieur de l'arrêt *Chaulk* qui lie notre Cour. Conformément à la position que j'ai adoptée dans *Chaulk*, je suis d'avis de faire quelques brèves remarques sur les questions soulevées en l'espèce.

Le juge en chef Lamer a exposé les questions de la manière suivante:

1. La Cour d'appel du Québec a-t-elle erré en droit en appliquant le mot «mauvais» au sens de moralement mauvais à la «qualité de l'acte» à l'article 16(2) du *Code criminel*?

2. Did the Court of Appeal of Quebec err in law in relying on s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to expand the insanity defence to include situations where the “disease of the mind” affects the motive or moral justification of an accused in committing a criminal act?
3. Did the Court of Appeal of Quebec err in law in applying former s. 613(1)(d) [now s. 686(1)(d)] of the *Criminal Code* in this instance?

On the first issue, I agree with Lamer C.J. that the Court of Appeal erred in its interpretation of the first branch of s. 16(2), i.e., incapacity to appreciate the nature and quality of an act or omission. This Court has made it clear on a number of occasions that the first branch of s. 16(2) refers to an incapacity to appreciate the physical character of and the physical consequences which flow from an act or omission: *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24. Collateral factors, such as an accused’s emotional attributes (*Kjeldsen*) or his or her capacity to appreciate the penal consequences associated with an act or omission (*Abbey*), are not relevant under the first branch of s. 16(2).

Turning to the second issue referred to by Lamer C.J., the Court of Appeal’s reference to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* cannot serve to alter the position outlined above. The sole issue in this case is whether the accused is insane within the terms of s. 16(2) of the *Code*, and, as stated above, this Court has established the appropriate test for the first branch of s. 16(2) in *Cooper*, *Kjeldsen* and *Abbey*. I do not dispute that *Criminal Code* provisions must be interpreted in accordance with *Charter* values, but I do disagree with Beauregard J.A.’s use of s. 7 to effectively re-interpret the first branch of s. 16(2) in order to achieve a result which is inconsistent with previous decisions of this Court.

I agree with Lamer C.J. that the respondent’s claim of incapacity is only relevant to the second branch of

2. La Cour d’appel du Québec a-t-elle erré en droit en se basant sur l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour élargir la défense d’aliénation mentale au point de couvrir l’erreur de jugement constituant le mobile ou la justification morale de l’accusé pour commettre un acte criminel?
3. La Cour d’appel du Québec a-t-elle erré en droit en appliquant l’al. 613(1)d) [maintenant l’al. 686(1)d)] du *Code criminel* en l’espèce?

En ce qui a trait à la première question, je souscris à l’opinion du juge en chef Lamer selon laquelle la Cour d’appel a commis une erreur dans son interprétation de la première partie du par. 16(2), c.-à-d. l’incapacité de juger la nature et la qualité d’un acte ou d’une omission. Notre Cour a établi clairement à plusieurs occasions que la première partie du par. 16(2) vise l’incapacité de juger la nature et les conséquences matérielles d’un acte ou d’une omission: *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617, *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24. Des facteurs connexes, comme les attributs émotifs d’un accusé (*Kjeldsen*) ou sa capacité de juger les conséquences pénales associées à un acte ou à une omission (*Abbey*), ne sont pas pertinents aux termes de la première partie du par. 16(2).

Relativement à la deuxième question exposée par le juge en chef Lamer, l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* mentionné par la Cour d’appel ne peut être utilisé pour modifier la position énoncée précédemment. La seule question soulevée en l’espèce est de savoir si l’accusé souffre d’aliénation mentale au sens du par. 16(2) du *Code*, et, comme je le dis plus haut, notre Cour a élaboré le critère approprié pour la première partie du par. 16(2) dans les arrêts *Cooper*, *Kjeldsen* et *Abbey*. Je ne conteste pas que les dispositions du *Code criminel* doivent être interprétées en conformité avec les valeurs de la *Charte*, mais je ne suis pas d’accord avec l’utilisation que fait le juge Beauregard de l’art. 7 pour donner en réalité une nouvelle interprétation de la première partie du par. 16(2) en vue d’arriver à un résultat qui n’est pas compatible avec les arrêts antérieurs de notre Cour.

Je souscris à l’opinion du juge en chef Lamer que l’argument fondé sur l’incapacité de l’intimé n’est

s. 16(2), i.e., incapacity to know that an act or omission is wrong. For the reasons I gave in *Chaulk*, I take the view that the proper inquiry for the second branch of s. 16(2) is whether the accused is incapable of knowing that an act or omission is wrong, in the sense of an act or omission that he or she ought not to do. I do not, therefore, share Lamer C.J.'s view that "wrong" in s. 16(2) means only "morally wrong".

At trial the respondent was convicted of first degree murder by a jury in the Superior Court of Quebec. The trial judge instructed the jury that an accused is insane within the terms of s. 16(2) of the *Criminal Code* if, due to disease of the mind, he or she lacks the capacity to appreciate the nature and quality of an act or omission or to know that the act or omission is legally wrong. In convicting the respondent, the jury thus rejected the claim of insanity under both branches of s. 16(2). With respect to the second branch of s. 16(2), the jury determined that the respondent had the capacity to know that his act was one which he ought not to do in law. That capacity is sufficient to remove the respondent from the terms of the second branch of s. 16(2); the respondent is not someone who is incapable of knowing that his act was wrong.

Accordingly, I am of the view that the jury's verdict cannot be disturbed. I consider it unnecessary to address the issue with respect to s. 686(1)(d) of the *Criminal Code* (formerly s. 613(1)(d)).

I would allow the appeal and restore the verdict at trial, were I not bound by *Chaulk*.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—The issues in this appeal were settled by the judgment of the majority in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. I therefore concur with Chief Justice Lamer.

pertinent qu'à l'égard de la deuxième partie du par. 16(2), c.-à-d. l'incapacité de juger qu'un acte ou une omission est mauvais. Pour les motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *Chaulk*, je suis d'avis que la question à se poser relativement à la deuxième partie du par. 16(2) est de savoir si l'accusé est incapable de juger qu'un acte ou une omission est mauvais, dans le sens qu'il s'agit d'un acte ou d'une omission qu'il ne devrait pas accomplir. Par conséquent, je ne partage pas l'opinion du juge en chef Lamer que le terme «mauvais» au par. 16(2) signifie seulement «moralement répréhensible».

À son procès, l'intimé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré par un jury en Cour supérieure du Québec. Le juge du procès a expliqué au jury dans ses directives qu'un accusé souffre d'aliénation mentale au sens du par. 16(2) du *Code criminel* si, en raison d'une maladie mentale, il n'est pas capable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission ou de savoir que l'acte ou l'omission est légalement mauvais. En déclarant l'intimé coupable, le jury a donc rejeté l'argument de l'aliénation mentale fondé sur les deux parties du par. 16(2). En ce qui a trait à la deuxième partie du par. 16(2), le jury a déterminé que l'intimé était capable de savoir qu'en droit, son acte ne devrait pas être accompli. Cette capacité est suffisante pour soustraire l'intimé à l'application de la deuxième partie du par. 16(2); l'intimé n'est pas une personne incapable de savoir que son acte était mauvais.

Par conséquent, je suis d'avis que le verdict du jury ne peut être modifié. J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question relative à l'al. 686(1)d) (auparavant l'al. 613(1)d)) du *Code criminel*.

Je serais d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict rendu au procès, si je n'étais pas liée par l'arrêt *Chaulk*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Les questions soulevées dans le présent pourvoi ont été réglées dans l'arrêt rendu à la majorité, *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Je souscris donc aux motifs du juge en chef Lamer.

*Appeal dismissed.*

*Pourvoi rejeté.*

*Solicitor for the appellant: Denis Dionne, Alma.*

*Procureur pour l'appelante: Denis Dionne, Alma.*

*Solicitor for the respondent: Martin Tremblay, a  
Chicoutimi.*

*Procureur pour l'intimé: Martin Tremblay, Chi-  
coutimi.*

**R. L. R. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. R. (R.L.)

File No.: 21027.

1991: January 29.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Criminal negligence causing death — Allegation of car racing — Occupants of car entering highway killed — Trial judge not appreciating evidence of racing as cause of accident — New trial ordered by Court of Appeal.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 65 C.R. (3d) 235, 8 M.V.R. (2d) 116, overturning acquittals and ordering a new trial.

*Alan D. Gold*, for the appellant.

*Gregory J. Fitch*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear you Mr. Fitch. We are all of the view that the appeal should be dismissed. The trial judge failed to consider the evidence relating to the manner in which the appellant was operating his vehicle prior to the intrusion of Phillips' vehicle onto the roadway.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

**R. L. R. Appellant**

c.

**a Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. R. (R.L.)

N° du greffe: 21027.

**b** 1991: 29 janvier.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et Stevenson.

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

*Droit criminel — Négligence criminelle causant la mort — Allégation de course d'automobiles — Occupants de l'auto arrivant sur la route tués — Le juge du procès n'a pas tenu compte de la preuve d'une course comme cause de l'accident — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 65 C.R. (3d) 235, 8 M.V.R. (2d) 116, qui a annulé des verdicts d'acquiescement et ordonné un nouveau procès.

*Alan D. Gold*, pour l'appellant.

*Gregory J. Fitch*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> Fitch. Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté. Le juge du procès n'a pas examiné la preuve relative à la manière dont l'appellant conduisait son véhicule avant l'arrivée du véhicule de Phillips sur la route.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*



**Reginald Henley** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HENLEY

File No.: 21703.

1991: January 29.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Murder — Constructive murder — Criminal Code provisions unconstitutional — Appeal allowed and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 89-1484, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

*Richard Gaudreau*, for the appellant.

*Sylvie Roussel*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—By consent of the Crown, the appeal is allowed and a new trial ordered.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Ivan Lerner, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

**Reginald Henley** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HENLEY

N° du greffe: 21703.

<sup>b</sup>

1991: 29 janvier.

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

<sup>c</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Meurtre — Meurtre par imputation — Inconstitutionnalité des dispositions du Code criminel — Appel accueilli et nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 89-1484, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Richard Gaudreau*, pour l'appelant.

<sup>f</sup>

*Sylvie Roussel*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>g</sup>

LE JUGE EN CHEF LAMER—Avec le consentement du ministère public, le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

<sup>h</sup>

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant: Ivan Lerner, Montréal.*

*Procureur pour l'intimée: Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

**Les Équipements Lorac Ltée and Pierre Corbeil** *Appellants*

v.

**National Bank of Canada** *Respondent*

INDEXED AS: NATIONAL BANK OF CANADA v. CORBEIL

File No.: 21741.

1990: October 4; 1991: February 7.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Banks and banking operations — Powers of banks — Loans and security — Bank's obligations towards defaulting debtor in exercising rights over property under ss. 178 and 179 of Bank Act — Bank renouncing its rights and abandoning property to third party — Whether bank liable to debtor for value of property as damages.*

In 1982, the respondent bank extended credit to Lorac secured by rights and powers, determined pursuant to s. 178 of the *Bank Act*, over merchandise owned by Lorac. Corbeil, Lorac's director and principal shareholder, gave a personal guarantee for this loan and hypothecated one of his properties as collateral. In 1983, the bank took possession of Lorac's merchandise following its default to repay its loan. The bank advertised the merchandise for sale in a newspaper and, unable to find a new buyer, renounced its rights and abandoned the merchandise to a third party. The evidence at trial indicated that, in the bank's opinion, the merchandise was worth less than the cost of moving it and storing it. The bank instituted an action against Lorac and Corbeil for recovery of the balance of the loan. Lorac filed a cross-demand for the value of the goods which the bank had seized and abandoned to a third party. The Superior Court allowed the bank's action in part and ordered Lorac to pay the bank \$33,254.94. It also allowed the cross-demand in part, ordering the bank to pay \$57,701.88 in damages to Lorac which was the value of the merchandise. The court then ordered com-

**Les Équipements Lorac Ltée et Pierre Corbeil** *Appellants*

c.

**Banque Nationale du Canada** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BANQUE NATIONALE DU CANADA c. CORBEIL

N° du greffe: 21741.

1990: 4 octobre; 1991: 7 février.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Banques et opérations bancaires — Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Obligations de la banque envers le débiteur défaillant quand elle exerce des droits sur des biens en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques — Renonciation par la banque à ses droits et abandon par elle de biens à un tiers — La banque est-elle tenue de payer au débiteur la valeur des biens à titre de dommages-intérêts?*

En 1982, la banque intimée a consenti à Lorac un crédit garanti par des droits et pouvoirs sur des biens de Lorac définis en vertu de l'art. 178 de la *Loi sur les banques*. Corbeil, qui était actionnaire principal et administrateur de Lorac avait accordé une caution personnelle et une hypothèque sur l'un de ses immeubles, en regard de ce prêt. En 1983, la banque a pris possession des biens de Lorac après défaut de cette dernière de rembourser le prêt. La banque a fait publier dans un journal l'annonce de la vente des biens, mais parce qu'elle n'a pu trouver d'acheteur, elle a renoncé à ses droits et abandonné les biens à un tiers. D'après la preuve soumise au procès, la banque estimait que les biens valaient moins que le coût de leur déménagement et de leur entreposage. La banque a intenté à Lorac et Corbeil une action en recouvrement du reliquat du prêt. Lorac a présenté une demande reconventionnelle pour la valeur des biens saisis par la banque et abandonnés à un tiers. La Cour supérieure a accueilli en partie l'action de la banque et ordonné à Lorac de payer à la banque la somme de 33 254,94 \$. Elle a aussi accueilli en partie la demande reconventionnelle et ordonné à la banque de payer à Lorac la somme de 57 701,88 \$, représentant la valeur des biens, à titre de dommages-intérêts. La Cour a ordonné la compensation entre les dettes respectives

pensation between the parties. The Court of Appeal allowed the bank's appeal and dismissed Lorac's cross-demand.

*Held:* The appeal should be allowed.

In abandoning the goods to a third party, the bank acted in complete disregard of its duties towards Lorac and of Lorac's rights. A bank's rights under ss. 178 and 179 of the *Bank Act* are limited both in their purpose and exercise and do not further displace or extinguish the rights of the original owner who has provided them as a security for indebtedness. When a bank renounces its rights in the goods, it also renounces the power to dispose of the goods in the manner described in the Act.

Even if the bank's actions could be viewed as a sale, it would nonetheless have been governed by s. 179(10) of the Act. While this subsection refers expressly to a sale, it encompasses *a fortiori* a transfer without valuable consideration or a gift. This subsection provides that in conducting any sale the bank must act honestly and in good faith. Accordingly, it was incumbent upon the bank to respect Lorac's interests and to inform Lorac of its intention to abandon its rights in the goods, and to make clear that the goods were Lorac's to deal with, effectively restoring the situation prior to the bank's taking possession of the goods. Instead, no offer was ever made to abandon to Lorac nor was Lorac informed of the subsequent abandonment to the third party. The bank acted without authority and did not comply with its obligations under s. 179(10) of the Act and under the general law.

Under these circumstances, the bank cannot claim that it was up to Lorac to seek out the property and attempt to recover it. The obligation to inform the debtor and to restore the situation to the *status quo ante* remained with the bank. The loss incurred is that of the goods which, in their absence, are represented by their value. The trial judge accepted their value at cost. There was no manifest error in his determination given that the goods were new and absent other direct evidence.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Zidle*, C.A. Montréal, No. 500-09-000925-768, August 26, 1980; *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Air Canada v. McDonnell Douglas*

des parties. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par la banque et rejeté la demande reconventionnelle de Lorac.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

En abandonnant les biens à un tiers, la banque a agi au mépris absolu des droits de Lorac et des obligations qu'elle avait envers cette dernière. Les droits conférés à une banque en vertu des art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques* sont restreints tant dans leur objet que dans leur exercice et ce n'est que dans cette mesure qu'ils ont pour effet de déplacer ou d'abroger les droits du propriétaire original qui les a donnés en garantie. Lorsqu'une banque renonce à ses droits sur les biens, elle renonce aussi au droit d'en disposer de la façon prévue par la Loi.

Même si le geste de la banque pouvait être considéré comme une vente, cette vente restait soumise au par. 179(10) de la Loi. Bien que ce paragraphe traite expressément de vente, il s'applique *a fortiori* à une cession sans contrepartie ou à une donation. Ce paragraphe dispose qu'en procédant à la vente, la banque doit agir honnêtement et avec bonne foi. En conséquence, il incombe à la banque de respecter les intérêts de Lorac, d'informer cette dernière de son intention de renoncer à ses droits sur les biens et de dire clairement qu'il appartenait à Lorac de s'occuper de ses biens, rétablissant ainsi la situation qui prévalait avant que la banque ne prenne possession des biens. Au lieu de cela, personne n'a jamais proposé à Lorac de lui abandonner les biens et Lorac n'a pas été informée de l'abandon fait plus tard à un tiers. La banque a agi sans droit, au mépris des obligations que lui imposaient le par. 179(10) de la Loi et les règles générales de droit.

Dans ces circonstances, la banque ne saurait prétendre qu'il appartenait à Lorac de chercher ses biens et de tenter de les récupérer. Il incombe à la banque d'informer la débitrice et de rétablir le statu quo. Le préjudice subi est la perte des biens qui, en leur absence, sont représentés par leur valeur. Le juge de première instance a établi la valeur des biens à leur prix coûtant. Il n'y a pas d'erreur manifeste dans sa décision puisque les biens étaient neufs et qu'on n'a présenté aucune preuve directe du contraire.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Zidle*, C.A. Montréal, n° 500-09-000925-768, 26 août 1980; *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Air Canada c. McDonnell*

*Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554; *Provincial Bank of Canada v. Gagnon*, [1981] 2 S.C.R. 98.

### Statutes and Regulations Cited

*Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1 [previously S.C. 1980-81-82-83, c. 40], ss. 178, 179.

*Civil Code of Lower Canada*, ss. 1053, 1078.1 [en. 1982, c. 32, s. 59; am. *idem*, c. 58, s. 1].

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 520.

### Authors Cited

Falconbridge, John Delatre. *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, vol. 1, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book Inc., 1986.

*Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, 7th ed. By Arthur W. Rogers. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1969.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.R.A. 749, 28 Q.A.C. 152, allowing respondent's appeal from a judgment of the Superior Court, J.E. 86-825, allowing appellants' cross-demand. Appeal allowed.

*Alfred Zimmerman, Q.C.*, for the appellants.

*Jean-Pierre Morin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—At issue in the present appeal are the obligations of a bank towards its defaulting debtor in exercising its rights over property held by it under ss. 178 et seq. of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1 (previously S.C. 1980-81-82-83, c. 40). In particular, the Court must consider whether a bank is liable for the value of the property as damages in the event that it renounces its rights and abandons the property to a third party lessor of the debtor's business premises.

### I—Statement of Facts

At all relevant times, the appellant, Pierre Corbeil ("Corbeil") was the principal shareholder and direc-

*Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554; *Banque Provinciale du Canada c. Gagnon*, [1981] 2 R.C.S. 98.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 1053, 1078.1 [ad. 1982, ch. 32, art. 59; mod. *idem*, ch. 58, art. 1].

*Code de procédure civile*, S.R.Q., ch. C-25, art. 520.

*Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1 [auparavant S.C. 1980-81-82-83, ch. 40], art. 178, 179.

### Doctrine citée

Falconbridge, John Delatre. *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, vol. 1, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book Inc., 1986.

*Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, 7th ed. By Arthur W. Rogers. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.R.A. 749, 28 Q.A.C. 152, qui a accueilli l'appel de l'intimée contre une décision de la Cour supérieure, J.E. 86-825, qui avait accueilli la demande reconventionnelle des appelants. Pourvoi accueilli.

*Alfred Zimmerman, c.r.*, pour les appelants.

*Jean-Pierre Morin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—Ce pourvoi soulève la question des obligations qui lient une banque à son débiteur défaillant lorsqu'elle exerce ses droits afférents à des biens qu'elle détient en vertu des art. 178 et suiv. de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1 (auparavant S.C. 1980-81-82-83, ch. 40). La Cour doit considérer notamment si une banque est tenue de payer la valeur des biens, à titre de dommages-intérêts, lorsqu'elle renonce à ses droits et abandonne les biens à un tiers, locateur des locaux commerciaux du débiteur.

### I—Exposé des faits

Pendant toute la période en cause, l'appellant Pierre Corbeil («Corbeil») était actionnaire principal

tor of the other appellant, Les Équipements Lorac Ltée ("Lorac"). Corbeil also had an interest in two other companies: Service Hydraulique Graco Ltée ("Graco") and Chotech Hydraulique Ltée ("Chotech"). The three companies occupied premises at 2825 Halpern Street in Ville St-Laurent, Quebec, and carried on their different businesses in these premises. The lease of the premises was however only between Graco and the owner of the building, Timex Realty Corporation ("Timex").

The three companies had always done their banking with the respondent, National Bank of Canada ("NBC"), and NBC was at all times aware that the lessor of the above-mentioned premises was Timex. In May 1981, NBC extended credit to Chotech, obtained its inventory and merchandise as security under s. 178 of the *Bank Act* and properly notified the lessor, Timex, of these facts.

In June 1982, NBC extended credit to Lorac (\$36,058.29 plus interest) and received, by way of security, rights and powers over merchandise belonging to Lorac, all as determined pursuant to s. 178 of the *Bank Act*. On this occasion, by an error which the respondent admits, NBC omitted to send the proper notice of this security arrangement to the lessor, Timex, but instead sent the notice to Graco.

NBC also obtained, relative to the Lorac loan, a personal guarantee from the appellant, Corbeil, as well as collateral by way of a hypothec against an immoveable property owned by Corbeil.

In May 1983, Timex began proceedings against Graco for non-payment of rent for the premises at 2825 Halpern Street. At the same time, Timex effected a seizure before judgment and in July 1983 completed this procedure upon obtaining court permission to move the seized goods to a warehouse on Miniac Street, Ville St-Laurent. Despite the fact that these proceedings involved only Timex and Graco, the seizure took in all the goods which were to be found at the Halpern Street address, and these included all the goods vital to the operations of Lorac.

On August 2, 1983, NBC demanded payment of the entire loan from Lorac and on the same date gave notice that it would avail itself of its rights under the

et administrateur de la société appelante, Les Équipements Lorac Ltée («Lorac»). Corbeil avait également des parts dans deux autres sociétés: Service Hydraulique Graco Ltée («Graco») et Chotech Hydraulique Ltée («Chotech»). Les trois sociétés faisaient affaire dans les locaux qu'elles occupaient au 2825, rue Halpern, à Ville St-Laurent (Québec). Cependant, le bail de ces locaux ne liait que Graco et le propriétaire de l'immeuble, Timex Realty Corporation («Timex»).

Les trois sociétés avaient toujours fait leurs opérations bancaires chez l'intimée, la Banque Nationale du Canada («BNC»), et cette dernière savait bien que Timex était le locateur des locaux susmentionnés. En mai 1981, la BNC a consenti un crédit à Chotech, obtenu son stock et ses biens en garantie, conformément à l'art. 178 de la *Loi sur les banques*, et en a dûment avisé le locateur, Timex.

En juin 1982, la BNC a accordé un crédit à Lorac (36 058,29 \$, les intérêts en sus) et reçu, en garantie, les droits et pouvoirs afférents aux biens appartenant à Lorac, le tout établi selon l'art. 178 de la *Loi sur les banques*. À ce moment-là, la BNC a omis, erreur qu'elle admet, d'aviser le locateur Timex de cette garantie, comme il se devait; elle a plutôt envoyé l'avis à Graco.

En regard du prêt accordé à Lorac, la BNC a également obtenu une caution personnelle de l'appellant Corbeil, ainsi qu'une hypothèque sur un immeuble appartenant à Corbeil.

En mai 1983, Timex a institué des procédures contre Graco pour réclamer le loyer des locaux sis au 2825, rue Halpern. À la même occasion, elle a fait saisir les biens avant jugement et en juillet 1983, elle a complété cette procédure en obtenant du tribunal la permission que les biens saisis soient transportés dans un entrepôt situé sur la rue Miniac, à Ville St-Laurent. Même si ces procédures ne visaient que Timex et Graco, tous les biens se trouvant dans l'immeuble de la rue Halpern ont été saisis, dont tous les biens essentiels au bon fonctionnement de Lorac.

Le 2 août 1983, la BNC a exigé de Lorac qu'elle rembourse son prêt en totalité et elle l'a avisée qu'elle se prévalerait de ses droits en vertu de la *Loi*

*Bank Act*, specifically by taking possession of all merchandise, taking inventory and proceeding to the sale of such merchandise.

On August 12, 1983, Graco made an assignment in bankruptcy, and the trustee in bankruptcy took possession of all the merchandise that had been seized before judgment by Timex. The latter's action for non-payment of rent against Graco was suspended.

After a series of discussions and disagreements between NBC and the trustee in bankruptcy regarding the validity of their respective claims to the merchandise in storage, especially that part belonging to Lorac, the matter was resolved by the Assistant Registrar of the Superior Court, Bankruptcy Division, who ruled, on October 17, 1983, that the claim of the bank prevailed. The trial judge noted that in support of its case before the Assistant Registrar, NBC presented a complete list of merchandise belonging to Lorac and evidence establishing its value at \$57,701.88. By the consent of NBC and the trustee in bankruptcy, the latter continued to have possession of all the merchandise and continued to keep it at the warehouse on Miniac Street. The cost of renting this warehouse was shared by NBC and the trustee in bankruptcy in proportion with the value of the items stored.

On October 29, 1983, the trustee in bankruptcy, together with the NBC representative, Mr. Saad, took out an advertisement in the Montréal newspaper *La Presse*, in which they announced the sale of the moveable effects of Graco and Lorac. On November 22, 1983, the attorney for NBC wrote to Corbeil to inform him that there had been virtually no response to the advertisement. An auctioneer had expressed some interest but had balked upon being asked by the bank's representative to provide a \$5,000 deposit. The bank's attorney repeated to Corbeil an offer, apparently made to him for the first time one week earlier, by which Corbeil himself could buy the Lorac merchandise for \$5,000. The letter also made clear the bank's intention to complete this business by November 30, 1983 and, failing any interest by a new buyer or Corbeil, to [TRANSLATION] "abandon the merchandise in the hands of the trustee in bankruptcy".

*sur les banques*, c'est-à-dire qu'elle prendrait possession de tous les biens, en ferait l'inventaire et procéderait à leur vente.

Le 12 août 1983, Graco a fait cession de ses biens et le syndic a pris possession de tous les biens saisis par Timex. La poursuite intentée par cette dernière contre Graco, en réclamation du loyer dû, a été interrompue.

Après une série de discussions et de désaccords entre la BNC et le syndic, au sujet de la validité de leurs droits respectifs à l'égard des biens entreposés, notamment ceux qui appartenaient à Lorac, le registraire-adjoint de la division de faillite de la Cour supérieure réglait la question, le 17 octobre 1983, en faisant droit à la revendication de la banque. Le juge de première instance a souligné qu'à l'appui de sa requête devant le registraire-adjoint, la BNC avait produit une liste complète des biens et en avait établi la valeur à 57 701,88 \$. Avec le consentement de la BNC et du syndic de faillite, ce dernier a conservé la garde de tous les biens, toujours entreposés dans l'entrepôt de la rue Miniac. Les frais de location de cet entrepôt étaient assumés par la BNC et le syndic, proportionnellement à la valeur des articles entreposés.

Le 29 octobre 1983, le syndic et le représentant de la BNC, M. Saad, ont fait publier un avis dans le journal *La Presse* de Montréal dans lequel ils annonçaient la vente des biens meubles de Graco et de Lorac. Le 22 novembre 1983, l'avocat de la BNC écrivait à Corbeil pour lui dire qu'il n'avait reçu aucune offre concrète en réponse à l'avis publié. Seul un enchanteur s'était montré intéressé mais il avait retiré son offre lorsque le représentant de la banque lui a demandé un dépôt de 5 000 \$. L'avocat de la banque a présenté de nouveau à Corbeil une offre qui lui avait apparemment été faite une première fois la semaine précédente, en vertu de laquelle Corbeil pouvait acheter les biens de Lorac au prix de 5 000 \$. En outre, la lettre indiquait clairement que la banque avait l'intention de compléter cette transaction au plus tard le 30 novembre 1983 et qu'elle devrait «abandonner les biens entre les mains du syndic» si aucun nouvel acheteur ni Corbeil ne se montrait intéressé.

On December 14, 1983, attorneys for NBC wrote to the lessor, Timex, as follows:

[TRANSLATION] Please be advised that our client, the National Bank of Canada, waives any right it had or may have had in the goods owned by Équipements Lorac Ltée, located at 2825 Halpern St., St-Laurent, Quebec.

You may therefore henceforth dispose of these goods as you may be entitled to do without intervention by the National Bank of Canada.

Please act accordingly.

This "abandonment" occurred despite the fact that there was no contractual link between Lorac (or even NBC) and Timex. The evidence at trial appeared to indicate that in the eyes of the bank and its representative, Mr. Saad, the merchandise was of less value than the cost of moving it and storing it.

In January 1984, NBC instituted an action against Lorac for recovery of the balance of the loan. This was based on various promissory notes in favour of the bank, Corbeil's personal guarantee, and the collateral agreement by way of hypothec regarding the immovable property owned by Corbeil. Lorac filed a cross-demand for the value of the goods which NBC had seized and then abandoned to Timex. The Superior Court allowed NBC's action in part and ordered Lorac to pay NBC the sum of \$33,254.94 with interest and costs. It also allowed the cross-demand in part and ordered NBC to pay Lorac the sum of \$57,701.88 with interest and costs. In conclusion, the trial judge ordered compensation between these two amounts with interest from the date of judgment, June 30, 1986, declared void Corbeil's letter of suretyship and released Corbeil of all obligations in that regard. He did not order that the hypothec be radiated as it also secured indebtedness of Chotech.

NBC appealed this judgment. The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed Lorac's cross-demand.

At the hearing of the present appeal, an acknowledgment by NBC of satisfaction of the indebtedness

Le 14 décembre 1983, les avocats de la BNC ont écrit au locateur, Timex, ce qui suit:

Prenez avis par la présente que notre cliente, Banque Nationale du Canada, renonce à tout droit qu'elle avait ou pouvait avoir dans les biens, propriété d'Équipements Lorac Ltée, qui étaient situés au 2825, rue Halpern, St-Laurent, Québec.

Vous pouvez donc désormais disposer de ces biens suivant vos droits sans intervention de la part de la Banque Nationale du Canada.

À vous d'agir en conséquence.

Cet «abandon» a eu lieu même s'il n'existait aucun lien contractuel entre Lorac (ou même la BNC) et Timex. D'après la preuve soumise au procès, il semble que pour la banque et son représentant, M. Saad, les biens valaient moins que le coût de leur déménagement et de leur entreposage.

En janvier 1984, la BNC intentait une poursuite contre Lorac en recouvrement du reliquat du prêt. Cette action était fondée sur divers billets signés en faveur de la banque, la lettre de cautionnement de Corbeil et le cautionnement hypothécaire sur l'immeuble appartenant à Corbeil. Lorac a intenté une demande reconventionnelle pour la valeur des biens saisis par la BNC et abandonnés à Timex. La Cour supérieure a accueilli en partie l'action de la BNC et ordonné à Lorac de payer à cette dernière la somme de 33 254,94 \$, avec intérêts et dépens. Elle a également accueilli en partie la demande reconventionnelle et ordonné à la BNC de payer à Lorac la somme de 57 701,88 \$, avec intérêts et dépens. En conclusion, le juge de première instance a déclaré qu'il y aurait compensation entre ces deux sommes, après calcul des intérêts à partir de la date du jugement, le 30 juin 1986, il a annulé la lettre de cautionnement de Corbeil et libéré ce dernier de toute obligation à cet égard. Il n'a pas ordonné la radiation de l'hypothèque puisqu'elle servait également de garantie aux dettes de Chotech.

La BNC a interjeté appel de ce jugement. La Cour d'appel a accueilli l'appel et rejeté la demande reconventionnelle de Lorac.

À l'audition du présent pourvoi, la BNC a déposé une reconnaissance de l'extinction de la dette de

of Chotech was filed in order that radiation of the hypothec might be ordered should it be found that Lorac is no longer indebted to NBC.

## II—Judgments

*Superior Court*, J.E. 86-825

### Croteau J.

After a fairly detailed review of the facts, the trial judge stated what in his view was the law relevant to the cross-demand by Lorac. He relied on the case *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Zidle*, C.A. Montréal, No. 500-09-000925-768, August 26, 1980, as support for the proposition that the bank is responsible for the actions of those persons upon whom it confers the execution of its own contractual powers, on the case of *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339, as authority for the principle that contracts must be executed in good faith, despite the fact that this obligation is not specifically mentioned in the *Civil Code*, and on *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange* (7th ed. 1969) regarding specific good faith requirements in the realization of the debtor's security.

Turning to the question of the value of the merchandise, Croteau J. stated first that the evidence revealed that it was all new. The evaluation for the purposes of the hearing before the Assistant Registrar in Bankruptcy used a figure of \$57,701.88, and the advertisement in *La Presse* newspaper mentioned a price of \$67,822.78 for all the goods presented for sale by the trustee in bankruptcy and Mr. Saad, the bank's representative. The trial judge noted that NBC did not object to paying its share of expenses for the storage, etc. of the merchandise in accordance with the proportion of the previously estimated value of its part of the whole. He made special mention of the poor comportment of Mr. Saad at trial, and he gave little stock to that witness's reference to the merchandise as [TRANSLATION] "scrap".

With respect to the advertisement in *La Presse*, Croteau J. was of the clear view that it was deficient. More detail ought to have been provided and another

Chotech afin que la Cour puisse ordonner la radiation de l'hypothèque si elle jugeait que Lorac n'avait plus de dettes envers la BNC.

## <sup>a</sup> II—Jugements

*Cour supérieure*, J.E. 86-825

### Le juge Croteau

<sup>b</sup>

Après avoir repris les faits de façon assez détaillée, le juge de première instance a énoncé ce qui, à son avis, constituait le droit applicable à la demande reconventionnelle présentée par Lorac. Il s'est fondé sur l'affaire *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Zidle*, C.A. Montréal, n° 500-09-000925-768, du 26 août 1980, pour affirmer que la banque répond de toute faute commise par ceux à qui elle a confié l'exécution de ses propres obligations contractuelles, sur l'arrêt *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, pour étayer le principe portant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi même si le *Code civil* ne le prescrit pas expressément, et sur *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange* (7<sup>e</sup> éd. 1969), au sujet des normes particulières à la réalisation de la garantie du débiteur, en matière d'exécution de bonne foi des obligations.

<sup>f</sup>

Pour aborder la question de la valeur de la marchandise, le juge Croteau a tout d'abord affirmé que la preuve révélait que toute la marchandise était neuve. Dans le cadre de l'audience tenue devant le registraire-adjoint siégeant en faillite, l'évaluation utilisée faisait mention d'une valeur de 57 701,88 \$ tandis que l'annonce parue dans le journal *La Presse* faisait état d'un prix de 67 822,78 \$ pour tous les biens mis en vente par le syndic et M. Saad, représentant de la banque. Le juge de première instance a souligné que la BNC ne s'opposait pas au paiement de sa part des frais afférents aux biens, notamment les frais d'entreposage, selon la proportion déjà arrêtée de sa part des biens. Il a cru bon de souligner le piètre comportement de M. Saad lors du procès et il a accordé peu de mérite à la description qu'il a faite des biens comme étant «de la ferraille, de la scrap».

<sup>j</sup>

Quant à l'annonce parue dans *La Presse*, le juge Croteau a conclu clairement qu'elle était insuffisante. Cet avis aurait dû être plus détaillé et un autre avis



advertisement in an English daily would have been appropriate. The trial judge noted that the contract between NBC and Lorac did not require any of this, but that the general principles discussed earlier indicated that a just and fair approach was required of the bank. Accordingly, the bank's deficient advertisement in this case amounted to a delict or quasi-delict giving rise to liability for the damage suffered by Lorac. The trial judge added that the *Bank Act* clearly accorded enormous powers to the bank, but that s. 179 of the same legislation required that the bank act honestly and in good faith.

The judge then dealt with [TRANSLATION] "the gift (donation) to Timex Realty", referred to elsewhere as the "abandonment" of the goods to Timex. He notes first that there was no lease between Timex and Lorac, and that consequently:

[TRANSLATION] . . . there was no reason for the plaintiff to abandon the defendant Lorac's goods to Timex Realty. It was simply a gift of merchandise with a cost value of \$57,701.88, and the reason given by Émile Saad, "Timex decided to seize it, Timex must deal with this property", is not justified because after Graco's bankruptcy the trustee was put in possession of it and a judgment of the Bankruptcy Court awarded ownership to the plaintiff. [Emphasis added.]

Croteau J. concluded that the respondent had not provided a satisfactory explanation for the gift to Timex:

[TRANSLATION] In light of the principles set out in the cases and the authorities referred to earlier, the bank's representative did not treat the matter seriously. The Court understands that he might have had too much work at the time, but that is no reason for the negligent way in which he handled this matter. He was unable to justify his conduct. The good faith that must be present in performing a contract of warranty was absent from the actions taken on the matter. The plaintiff did not act honestly and fairly: even if, as it maintains, the defendants did not ask for restitution, the plaintiff had a duty to take the initiative and offer it. The Court takes the view, contrary to Émile Saad's position, that the plaintiff did not have to spend any money on shipping. Falconbridge states, "unless indeed the price is so low as in itself to be evidence of fraud". The plaintiff acted in a more cava-

aurait dû être publié dans un quotidien anglais. Le juge a reconnu que la convention intervenue entre la BNC et Lorac ne le prévoyait pas mais que, compte tenu des principes généraux déjà énoncés, la banque aurait dû agir de façon juste et équitable. Par conséquent, la façon inadéquate dont la banque a annoncé la vente en l'espèce constituait un délit ou un quasi-délit qui donne droit à réparation pour le préjudice subi par Lorac. Le juge de première instance a ajouté que la *Loi sur les banques* concédait énormément de droits à la banque, mais que, par ailleurs, l'art. 179 de cette loi lui demandait d'agir honnêtement.

Le juge a ensuite étudié la question de la «donation à Timex Realty», décrite ailleurs comme l'«abandon» des biens à Timex. Il a tout d'abord remarqué qu'il n'existait aucun bail entre Timex et Lorac et qu'en conséquence:

. . . il n'y avait aucune raison que la demanderesse abandonne les biens de la défenderesse Lorac à Timex Realty. Ce fut un don pur et simple de marchandise qui au coûtant valait \$57,701.88 et la raison qu'invoque Émile Saad: «C'est Timex qui a pris la décision de saisir, c'est à Timex de s'arranger avec ce bien là» n'est pas justifiée parce qu'après la faillite de Graco, le syndic en a été mis en possession et un jugement de la Cour de faillite en donnait la propriété à la demanderesse. [Je souligne.]

Le juge Croteau a conclu que l'intimée n'avait pas justifié, à la satisfaction de la cour, la raison de la donation à Timex:

Selon les principes exprimés dans la jurisprudence et les autorités précédemment citées, le représentant de la banque n'a pas traité le dossier sérieusement. La Cour comprend qu'il pouvait avoir à cette époque un surplus d'ouvrage, mais ce n'est pas une raison pour la façon négligente qu'il a conduit cette affaire. Il n'a pas su justifier sa conduite. La bonne foi qui doit prévaloir dans l'exécution du contrat de garantie a été absente dans la marche du dossier. La demanderesse n'a pas agi d'une façon loyale et juste, même si comme elle le prétend, la défenderesse ou le défendeur n'en avaient pas demander (*sic*) la restitution, c'était à la demanderesse de prendre l'initiative et de l'offrir. La Cour est d'opinion, contrairement à ce que prétend Émile Saad, que la demanderesse n'aurait pas eu à déboursier des sommes d'argent pour le transport. Falconbridge soumet [TRADUCTION] «à moins évidemment que le prix soit si bas qu'il constitue en soi une preuve de fraude». La demanderesse a agi

lier fashion. It gave the merchandise to the owner Timex.

The trial judge accordingly ordered NBC to pay damages to Lorac totalling \$57,701.88 being the value of the goods seized. As stated earlier, Croteau J. also granted the claim of NBC for \$33,254.94, ordered compensation between the parties and declared void the personal guarantee signed by Corbeil.

*Court of Appeal*, [1989] R.R.A. 749

Monet J.A. for the Court (Jacques and Vallerand JJ.A. concurring)

By way of preliminary observations, Monet J.A. noted that the creditor bank has rights flowing from statute and contract but that it also has a duty to act in good faith. He observed, however, that there was no evidence here of fraud on the part of the bank, and that it was not the duty of the bank [TRANSLATION] "to safeguard its debtor's rights and remedies" (p. 750).

Monet J.A. stated that, whatever the nature of the alleged fault of the bank, it was still necessary, in order to establish liability on the part of NBC, to prove a causal link between the bank's actions and the damage allegedly suffered by its client, Lorac. He held that Lorac had not adduced any evidence from which it could be concluded that any omissions on the bank's part had been the cause of a loss of some \$50,000.

Monet J.A. focussed his analysis on the advertisement and the alleged failure of the bank to obtain as much as it might have by way of sale. He admitted that the advertisement could have been more detailed and that it could have been published in other newspapers, but he found that Lorac and Corbeil had offered no evidence that these failings caused the damage claimed. He did not discuss the abandonment of the merchandise to Timex in any part of the judgment.

d'une façon plus cavalière. Elle a donné la marchandise au propriétaire Timex.

En conséquence, le juge de première instance a ordonné à la BNC de payer à Lorac la somme de 57 701,88 \$, soit la valeur des biens saisis, à titre de dommages-intérêts. Comme je l'ai déjà souligné, le juge Croteau a également accueilli la demande de la BNC, s'élevant à 33 254,94 \$, déclaré qu'il y aurait compensation entre les parties et annulé la lettre de cautionnement signée par Corbeil.

*Cour d'appel*, [1989] R.R.A. 749

Le juge Monet pour la Cour (les juges Jacques et Vallerand ayant souscrit à son opinion)

Dans ses remarques préliminaires, le juge Monet a rappelé qu'à titre de créancière, une banque a des droits en vertu des dispositions législatives et des stipulations contractuelles, mais qu'elle a également l'obligation d'agir de bonne foi. Il a souligné toutefois l'absence de preuve de manœuvres dolosives de la part de la banque et le fait qu'elle ne soit pas légalement tenue «de veiller à la sauvegarde des droits et recours de son débiteur» (p. 750).

Le juge Monet a affirmé que pour prouver la responsabilité de la BNC, il faut tout d'abord établir un lien de causalité entre les fautes prétendument commises par la banque et les dommages apparemment subis par sa cliente Lorac et ce, quelle que soit la nature de la faute reprochée. Il a conclu que Lorac n'avait offert aucune preuve permettant de conclure que des omissions de la part de la banque avaient été la cause d'une perte de quelque 50 000 \$.

L'analyse du juge Monet porte essentiellement sur l'avis et sur le fait que la banque aurait apparemment touché plus d'argent si elle avait vendu les biens. Il a admis que l'avis aurait pu contenir une description plus détaillée des marchandises et qu'il aurait pu être publié dans d'autres journaux; mais il a conclu que Lorac et Corbeil n'avaient offert aucune preuve permettant de conclure que ces omissions étaient la cause des dommages-intérêts réclamés. À aucun moment, le juge n'a traité de l'abandon des biens en faveur de Timex.

Monet J.A. referred to the three essential ingredients of an action based on art. 1053 *C.C.L.C.* (fault, causation and damage: *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554) and concluded that one of these elements, the causal link, had not been established, the onus of proof having been on Lorac. Consequently, the bank's appeal was allowed and the cross-demand dismissed.

Both sides then brought motions under art. 520 *C.C.P.* to correct the previous judgment. Lorac argued that the judgment of the Court of Appeal had been decided on "wrong facts and a fictitious issue". It also asked that the amount payable to the bank bear interest from March 1, 1984 as earlier agreed. NBC sought similar changes to the date on which the calculation of interest on the amounts awarded should begin. It also asked that Lorac and Corbeil be declared jointly and severally liable for the amount of the claim, and that its hypothec on Corbeil's property be fully recognized. Lorac's motion was denied and NBC's motion granted.

### III—Relevant Statutory Provisions

#### *Bank Act*

178. (1) A bank may lend money and make advances,

(a) to any wholesale or retail purchaser or shipper of, or dealer in, products of agriculture, products of the forest, products of the quarry and mine, products of the sea, lakes and rivers or goods, wares and merchandise, manufactured or otherwise, on the security of such products or goods, wares and merchandise and of goods, wares and merchandise used in or procured for the packing of such products or goods, wares and merchandise,

(b) to any person engaged in business as a manufacturer, on the security of goods, wares and merchandise manufactured or produced by him or procured for such manufacture or production and of goods, wares and merchandise used in or procured for the packing of goods, wares and merchandise so manufactured or produced,

Le juge Monet a rappelé les trois éléments essentiels d'une action fondée sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.* (la faute, le lien de causalité et le dommage: *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554) et il a conclu que la preuve d'un de ces éléments, savoir le lien de causalité, n'avait pas été faite alors que le fardeau en incombait à Lorac. Par conséquent, la cour a accueilli l'appel de la banque et rejeté la demande reconventionnelle.

Les deux parties ont ensuite demandé, par voie de requête présentée en vertu de l'art. 520 *C.p.c.*, la rectification du jugement précédent. Lorac a prétendu que le jugement de la Cour d'appel était fondé sur [TRADUCTION] «des faits erronés et un point en litige fictif». Elle a également demandé que les sommes payables à la banque portent intérêts à partir du 1<sup>er</sup> mars 1984, comme convenu auparavant. La BNC a demandé les mêmes modifications à la date de départ du calcul des intérêts. Elle a aussi demandé que Lorac et Corbeil soient déclarés conjointement et solidairement responsables du montant réclamé et qu'il soit donné plein effet à l'hypothèque grevant l'immeuble de Corbeil. La requête de Lorac a été rejetée et celle de la BNC, accueillie.

### III—Les dispositions législatives pertinentes

#### *Loi sur les banques*

178. (1) La banque peut consentir des prêts ou avances de fonds:

a) à tout acheteur, expéditeur ou marchand en gros ou au détail de produits agricoles, forestiers, des carrières, des mines ou aquatiques ou d'effets, denrées ou marchandises fabriqués ou autrement obtenus, moyennant garantie portant sur ces produits ou sur ces effets, denrées ou marchandises ainsi que sur les effets, denrées ou marchandises servant à leur emballage;

b) à toute personne faisant des affaires en qualité de fabricant, moyennant garantie portant sur les effets, denrées ou marchandises qu'elle fabrique ou produit, ou qui sont acquis à cette fin, ainsi que sur les effets, denrées ou marchandises servant à leur emballage;

(2) Delivery of a document giving security on property to a bank under the authority of this section vests in the bank in respect of the property therein described

(a) of which the person giving security is the owner at the time of the delivery of the document, or

(b) of which that person becomes the owner at any time thereafter before the release of the security by the bank, whether or not the property is in existence at the time of the delivery,

the following rights and powers, namely,

(c) if the property is property on which security is given under paragraph (1)(a), (b) . . . the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which such property was described,

and all such property in respect of which such rights and powers are vested in the bank under this section is for the purposes of this Act property covered by the security.

179. (1) . . .

(7) In the event of non-payment of any debt, liability, loan or advance, as security for the payment of which a bank has . . . taken any security under section 178, the bank may sell all or any part of the property mentioned therein or covered thereby and apply the proceeds against such debt, liability, loan or advance, with interest and expenses, returning the surplus, if any, to the person by whom such security was given.

(8) The power of sale referred to in subsection (7) shall, unless the person by whom the security mentioned in that subsection was given has agreed to the sale of the property otherwise than as herein provided . . . be exercised subject to the following provisions, namely,

(a) every sale of such property other than livestock shall be by public auction after

(i) notice of the time and place of the sale has been sent by registered mail to the recorded address of the person by whom the security was given, at least ten days prior to the sale in the case of any such property other than products of

(2) La remise à une banque d'un document lui accordant, en vertu du présent article, une garantie sur des biens dont le donneur de garantie:

a) est propriétaire à l'époque de la remise dudit document;

b) devient propriétaire avant l'abandon de la garantie par la banque, que ces biens existent ou non à l'époque de cette remise,

confère à la banque, en ce qui concerne les biens visés, les droits et pouvoirs suivants:

c) s'il s'agit d'une garantie donnée soit en vertu des alinéas (1)a), b) [. . .] les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissement visant ces biens;

Tous les biens, à l'égard desquels lesdits droits sont dévolus à la banque sous le régime du présent article, sont, pour l'application de la présente loi, des biens affectés à la garantie.

179. (1) . . .

(7) En cas de non-paiement d'une dette, d'un engagement, d'un prêt ou d'une avance, pour lesquels la banque a acquis et détient un récépissé d'entrepôt ou un connaissement ou une garantie prévue à l'article 178, la banque peut vendre la totalité ou une partie des biens en question pour se rembourser en principal, intérêts et frais, en remettant tout surplus au donneur de la garantie.

(8) Sauf accord du donneur de garantie [. . .] la vente visée au paragraphe (7) doit se faire aux enchères publiques après l'accomplissement des formalités suivantes:

a) pour les biens autres que le bétail:

(i) l'envoi, sous pli recommandé, au donneur de garantie, à sa dernière adresse connue, d'un avis indiquant les date, heure et lieu de la vente et expédié dix jours au moins avant la date fixée ou

the forest, and at least thirty days prior to the sale in the case of any such property consisting of products of the forest, and

(ii) publication of an advertisement of the sale, at least two days prior to the sale, in at least two newspapers published in or nearest to the place where the sale is to be made stating the time and place thereof,

. . .

(10) In connection with any sale of property by a bank pursuant to subsections (7) and (8) or to any agreement between the bank and the person by whom the security was given, the bank shall act honestly and in good faith and shall deal with the property in a timely and appropriate manner having regard to the nature of the property and the interests of the person by whom the security was given and, in the case of a sale pursuant to an agreement, shall give the person by whom the security was given reasonable notice of the sale except where the property is perishable and to do so might result in a substantial reduction in the value of the property.

#### IV—Points in Issue

The appellants claim that there is only one issue with respect to the merits of the case and formulate that issue in the following way:

Was the Respondent at fault in failing and refusing to sell for the benefit of the Appellants the latter's merchandise which the Respondent had taken possession of in pledge, and instead, had abandoned it gratuitously to a third party; and did this gross fault, which amounts to fraud, cause the Appellants damages in the sum of \$57,701.88, this being the cost price and value of the merchandise?

Croteau J. essentially answered this question in the affirmative.

The Court of Appeal confined its reasons to a consideration of whether the respondent bank's alleged negligence in trying to sell the merchandise in question could be said to have caused the damage claimed by the appellants. As stated earlier, the Court of Appeal did not discuss the legal effect of the "abandonment" of the merchandise to the lessor, Timex. It was in part for this reason that the appellant, Lorac, felt it necessary to apply to the Court of Appeal seeking correction of the first judgment rendered by that

trente jours au moins avant celle-ci s'il s'agit de produits forestiers,

(ii) l'insertion d'un avis annonçant la vente avec indication des date, heure et lieu, au moins deux jours avant la date fixée, dans au moins deux journaux paraissant au lieu de vente ou au lieu le plus proche;

. . .

(10) La banque qui vend des biens aux termes des paragraphes (7) et (8) ou en vertu d'un accord conclu avec le donneur de garantie doit agir honnêtement et effectuer la vente en temps opportun et de façon appropriée, compte tenu de la nature des biens et des intérêts du donneur de garantie; dans le cas d'une vente en vertu d'un accord, la banque doit donner au donneur de garantie un avis raisonnable, sauf si les biens sont périssables et qu'une telle formalité pourrait entraîner une diminution importante de leur valeur.

#### IV—Les questions en litige

Les appellants prétendent qu'il n'y a qu'une seule question en litige quant au fond et ils la formulent ainsi:

[TRADUCTION] L'intimée a-t-elle eu tort d'omettre et de refuser de vendre, au profit des appellants, les biens de ces derniers dont elle avait pris possession en garantie, les abandonnant plutôt à titre gratuit à un tiers; et cette faute grave, constituant une fraude, a-t-elle causé aux appellants des dommages s'élevant à 57 701,88 \$, c'est-à-dire le prix coûtant et la valeur des biens?

Le juge Croteau a essentiellement répondu à cette question par l'affirmative.

Dans ses motifs, la Cour d'appel s'en est tenue à la question de savoir si l'on pouvait conclure que la négligence prétendument commise par la banque intimée, dans sa tentative de vendre des biens, avait été la cause des dommages allégués par les appelants. Comme je l'ai souligné antérieurement, la Cour d'appel n'a pas traité des conséquences juridiques de l'«abandon» des biens en faveur du locateur, Timex. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'appelante, Lorac, a cru bon de demander à la Cour d'appel de

court. That motion was dismissed without reasons. Accordingly, the appellants raise a new issue, which they set out as follows:

Was the Appeal Court judgment of September 5, 1989, wrong in fact and in law because it decided on false facts and a false issue which was irrelevant to the true issue in this cause; and was the Appeal Court judgment of November 1, 1989, wrong in refusing to maintain the Appellants' Motion for Correction and summarily dismissing it, in spite of the fact that the errors in its judgment of September 5, 1989, were brought to its attention?

In view of the foregoing, should the Appeal Court judgments of September 5, 1989, and November 1, 1989, be set aside as being wrong and constituting a denial of justice, and be replaced by a judgment maintaining Appellants' Cross-Demand in the sum of \$57,701.88?

This latter issue is in fact a consequence of the Court of Appeal's treatment of the case. It cannot be viewed as distinct in substance and will necessarily be disposed of in dealing with the main issue. It requires no separate answer.

It is to be noted that from the outset only the appellant Lorac has claimed damages, being the value of its goods. The interest of the appellant Corbeil is as guarantor of any indebtedness of Lorac to NBC. Accordingly, Corbeil wishes to obtain release from his personal obligations to NBC and radiation of the hypothec on his property which NBC holds as collateral security.

#### V—Analysis

Lorac rests its claim on the gratuitous abandonment by NBC of its goods to a third party, Timex, the lessor of premises of which Lorac was an occupant with others but not a lessee.

The trial judge, basing himself on the above-quoted letter of December 14, 1983 from the attorneys of NBC to Timex renouncing the bank's rights

rectifier son premier jugement. Cette requête a été rejetée sans motif. En conséquence, les appelants soulèvent une nouvelle question qu'ils énoncent de la façon suivante:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] La décision rendue par la Cour d'appel, le 5 septembre 1989, était-elle erronée en fait et en droit parce que fondée sur des faits erronés et un faux point en litige n'ayant aucun rapport avec la véritable question en litige en l'espèce; et la décision rendue par la Cour d'appel, le 1<sup>er</sup> novembre 1989, de refuser d'accueillir la requête en rectification présentée par les appelants et de la rejeter de façon sommaire, malgré que les erreurs soulevées dans le jugement rendu le 5 septembre 1989 aient été portées à son attention, était-elle erronée?

<sup>c</sup> Compte tenu de ce qui précède, les décisions rendues par la Cour d'appel, le 5 septembre 1989 et le 1<sup>er</sup> novembre 1989, devraient-elles être infirmées parce qu'elles sont sans fondement et constituent un déni de justice, et remplacées par une décision accueillant la demande reconventionnelle des appelants, pour la somme de 57 701,88 \$?

<sup>e</sup> De fait, cette dernière question en litige est une conséquence directe de la façon dont la Cour d'appel a traité cette affaire. Elle ne saurait être considérée comme une question distincte quant au fond et sera nécessairement réglée en même temps que la question principale. Il n'est pas nécessaire d'y répondre séparément.

<sup>f</sup> Il convient de souligner que depuis le début, seule l'appelante Lorac réclame des dommages-intérêts, savoir la valeur de ses biens. Corbeil n'a d'intérêt dans cette affaire qu'à titre de caution des dettes de Lorac envers la BNC. Par conséquent, Corbeil désire être libéré de ses obligations personnelles envers la BNC et voir l'hypothèque que la BNC détient en garantie accessoire sur son immeuble, radiée.

#### V—Analyse

<sup>i</sup> Lorac fait reposer ses prétentions sur l'abandon par la BNC, à titre gratuit, de ses biens à une tierce partie, Timex, locateur des locaux que Lorac occupait avec d'autres mais dont elle n'était pas locataire.

<sup>j</sup> Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu abandon à titre gratuit, se fondant sur la lettre susmentionnée, écrite le 14 décembre 1983, par les avo-

and on the testimony of NBC's representative, Mr. Saad, found that there was a gratuitous abandonment. The trial judge disbelieved the explanations of Mr. Saad. There was evidence upon which he could make this finding of fact and I do not find any manifest error on his part.

The only explanation given by Mr. Saad by way of justification for his actions was that the goods had been seized by the lessor, Timex, and had no value. He was not concerned whether there were any amounts owing to the lessor but rather with not incurring the further expense of removing the goods elsewhere. Indeed, the seizure made was of goods as belonging to Graco. That seizure had been suspended by the bankruptcy of Graco and the trustee put in possession. The rights to the goods at issue had been determined as between the trustee and NBC by judgment of the Assistant Registrar of the Superior Court, Bankruptcy Division, on October 17, 1983, recognizing NBC's right of ownership in the goods following NBC's motion based, in its words, on its rights as [TRANSLATION] "owner *sui generis*" pursuant to s. 178 of the *Bank Act*.

Without it being necessary to define the precise nature and extent of the bank's rights under ss. 178 and 179 of the *Bank Act*, it is apparent on the very terms of those sections that these rights are limited both in their purpose and exercise and do not further displace or extinguish the rights of the original owner who has provided them as a security for indebtedness.

When NBC decided to renounce its rights in the goods, it also renounced the power to dispose of the goods in the manner described in the *Bank Act*. NBC could not therefore simply abandon or hand over the goods to a third party. By doing this, NBC acted in complete disregard of Lorac's rights and of its duties towards Lorac. Even if NBC's actions could be viewed as a sale, a view which the trial judge appears to have rejected, it would nonetheless have been governed by s. 179(10) of the *Bank Act* which bears repeating:

cats de la BNC à Timex, et par laquelle la banque renonçait à ses droits, ainsi que sur le témoignage du représentant de la BNC, M. Saad. Le juge de première instance n'a pas cru aux explications offertes par M. Saad; certains éléments de preuve justifiaient cette conclusion de fait et je ne crois pas qu'il y ait eu d'erreur manifeste de sa part.

Monsieur Saad n'a fourni qu'une seule explication pour justifier ses gestes: les biens avaient été saisis par le locateur, Timex, et ils n'avaient aucune valeur. Il ne s'est pas intéressé de savoir s'il y avait ou non des montants dûs au locateur; il a plutôt voulu éviter les dépenses supplémentaires que représentait le déménagement des biens. De fait, les biens ont été saisis comme appartenant à Graco. Cette saisie a été suspendue par la faillite de Graco et le syndic est entré en possession des biens. Le registraire-adjoint de la Cour supérieure, en matière de faillite, a réglé la question des droits en litige entre le syndic et la BNC, le 17 octobre 1983; il a reconnu le droit de propriété de la BNC, à la suite de la requête présentée par la BNC et fondée, selon ses propres termes, sur ses droits de «propriétaire *sui generis*», en vertu de l'art. 178 de la *Loi sur les banques*.

Sans qu'il soit nécessaire de définir précisément la nature et la portée des droits conférés à la banque en vertu des art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*, il ressort du texte même de ces dispositions que ces droits sont restreints tant dans leur objet que dans leur exercice et ce n'est que dans cette mesure qu'ils ont pour effet de déplacer ou d'abroger les droits du propriétaire original qui les a donnés en garantie.

Lorsque la BNC a décidé de renoncer à ses droits relatifs aux biens, elle a également renoncé au pouvoir d'en disposer de la façon prévue par la *Loi sur les banques*. Par conséquent, la BNC ne pouvait tout simplement abandonner ou remettre les biens à une tierce partie. En agissant ainsi, la BNC a agi au mépris absolu des droits de Lorac et de ses obligations envers cette dernière. Même si les gestes de la BNC pouvaient être considérés comme une vente, interprétation que le juge de première instance semble avoir rejetée, cette vente aurait tout de même été régie par le par. 179(10) de la *Loi sur les banques* qui mérite d'être répété ici:

179. . . .

(10) In connection with any sale of property by a bank pursuant to subsections (7) and (8) or to any agreement between the bank and the person by whom the security was given, the bank shall act honestly and in good faith and shall deal with the property in a timely and appropriate manner having regard to the nature of the property and the interests of the person by whom the security was given and, in the case of a sale pursuant to an agreement, shall give the person by whom the security was given reasonable notice of the sale except where the property is perishable and to do so might result in a substantial reduction in the value of the property.

While this section refers expressly to a sale, it must encompass *a fortiori* a transfer without valuable consideration or a gift. Indeed, its provisions have been described as declaratory of prior law and it reflects the general obligation of good faith in the execution of contracts, an obligation which indeed extends regardless of the existence of a contract where a person is dealing with the property of another.

According to *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 1, at p. 432:

[Subsection 179(10)] provides that in conducting any sale, whether under the powers of the Act or pursuant to an agreement with its customer, the bank must act honestly and in good faith. This provision was added in 1980, but probably is only declaratory of the prior law. For example, it had been decided variously that the bank was under an implied duty to act in good faith, and reasonably, to effect a provident sale. It need not take all the pains in selling that a reasonably prudent owner would do in his self-interest, but it could not, for example, accept the first offer received merely because it was sufficient to cover the sum owing to the bank. It has been held that the bank must obtain the best price "possible", but that must be understood as meaning the best price possible by a bank acting in accordance with the required standard. It does not establish the standard.

In the circumstances, therefore, it was incumbent upon NBC to respect Lorac's interests and to inform Lorac of its intention to abandon its rights in the goods, and to make clear that the goods were Lorac's to deal with, effectively restoring the situation prior

179. . . .

(10) La banque qui vend des biens aux termes des paragraphes (7) et (8) ou en vertu d'un accord conclu avec le donneur de garantie doit agir honnêtement et effectuer la vente en temps opportun et de façon appropriée, compte tenu de la nature des biens et des intérêts du donneur de garantie; dans le cas d'une vente en vertu d'un accord, la banque doit donner au donneur de garantie un avis raisonnable, sauf si les biens sont périssables et qu'une telle formalité pourrait entraîner une diminution importante de leur valeur.

Bien que cette disposition traite expressément de vente, elle doit s'appliquer à fortiori à une cession sans contrepartie ou à une donation. De fait, ce texte a été décrit comme déclaratoire du droit en vigueur et il reprend l'obligation générale d'exécution de bonne foi des contrats, obligation qui incombe à toute personne qui dispose des biens d'une autre, peu importe l'existence d'un véritable lien contractuel.

Selon *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange* (8<sup>e</sup> éd. 1986), vol. 1, à la p. 432:

[TRADUCTION] [Le paragraphe 179(10)] prévoit que dans le cas d'une vente de biens aux termes des pouvoirs conférés par la loi ou d'un accord conclu avec son client, la banque doit agir honnêtement. Cette disposition a été ajoutée en 1980, mais elle n'était probablement que déclaratoire du droit en vigueur. Par exemple, il avait été décidé à plusieurs reprises que la banque avait l'obligation tacite d'agir de bonne foi et de façon raisonnable pour procéder à une vente avec prudence. Elle n'est pas tenue à tous les efforts que ferait un propriétaire raisonnablement prudent dans son propre intérêt, mais elle ne peut, par exemple, accepter la première offre, tout simplement parce qu'elle est assez élevée pour effacer la somme due à la banque. Il a été conclu que la banque doit obtenir le meilleur prix «possible», ce qui doit être considéré comme le meilleur prix possible pour une banque agissant conformément aux normes établies. Il ne définit pas ces normes.

Par conséquent, dans les circonstances, il incombait à la BNC de respecter les intérêts de Lorac, d'informer cette dernière de son intention d'abandonner ses droits afférents aux biens en cause, et d'énoncer clairement qu'il appartenait à Lorac de s'occuper de



to NBC's taking possession of the goods. Instead, by letter dated November 22, 1983, the attorney for NBC repeated to Corbeil an offer to sell to him the Lorac merchandise for \$5,000 and advised that, failing himself or a third party purchasing the equipment for this price by November 30, 1983, it would be abandoned in the hands of the trustee. As Lorac was not bankrupt, the trustee referred to was the one appointed to the bankruptcy of Graco. No offer was ever made to abandon to Lorac nor was Lorac informed of the subsequent abandonment to Timex.

In all this, NBC acted in complete disregard of Lorac's rights and without authority nor compliance with its obligations under s. 179(10) of the *Bank Act* and under the general law. It abandoned property which it had no right to abandon and thereby deprived Lorac of such property.

Under these circumstances, NBC cannot be heard to claim that it was up to Lorac to seek out the property and attempt to recover it. The obligation to inform the debtor and to restore the situation to the *status quo ante* remained with NBC. The loss incurred is that of the goods which, in their absence, are represented by their value. The trial judge accepted their value at cost. As the goods were new and in the absence of other direct evidence, I can find no manifest error. Indeed, the only other evidence invoked was the unsuccessful efforts at selling the goods, essentially under distress conditions. The trial judge was clearly not satisfied with the efforts that had been made and Mr. Corbeil testified that he did not have the means to purchase or obtain financing for the purchase. Furthermore, the price obtainable upon a distress or forced sale can reasonably be considered as not representative of true value. In the event, since the value must be established not in the context of a forced sale by NBC in the exercise of its rights but rather in that of a renunciation to these rights and an unlawful abandonment of property, their true value represents the proper measure of damages. This conclusion is consistent with the findings in the case of *Provincial Bank of Canada v. Gagnon*, [1981] 2 S.C.R. 98. In that case, the bank had taken possession of and sold, pursuant to s. 88 of the *Bank Act*,

ses biens, rétablissant ainsi la situation qui prévalait avant que la BNC ne prenne possession des biens. Au lieu de cela, l'avocat de la BNC a réitéré à Corbeil, dans une lettre datée du 22 novembre 1983, une offre de vente des biens de Lorac pour la somme de 5 000 \$ et l'a informé que si personne, ni lui ni un tiers, n'achetait le matériel à ce prix, au plus tard le 30 novembre 1983, il serait abandonné en faveur du syndic. Puisque Lorac n'était pas en faillite, il s'agissait du syndic désigné pour la faillite de Graco. L'abandon des biens en faveur de Lorac n'a jamais été proposé et cette dernière n'a pas été informée de l'abandon subséquent en faveur de Timex.

Dans tout cela, la BNC a agi au mépris des droits de Lorac, sans en avoir les pouvoirs et sans respecter les obligations que lui imposent le par. 179(10) de la *Loi sur les banques* et les règles générales de droit. Elle a abandonné des biens qu'elle n'avait pas le droit d'abandonner, dépossédant ainsi Lorac de ses biens.

Dans ces circonstances, la BNC ne saurait prétendre qu'il appartenait à Lorac de chercher ses biens et de tenter de les récupérer. Il incombait à la BNC d'informer la débitrice et de rétablir le statu quo. Ce sont les biens abandonnés qui constituaient la perte et, en leur absence, ils sont représentés par leur valeur. Le juge de première instance a accepté le prix coûtant des biens comme valeur. Puisque les biens étaient neufs et en l'absence de preuve directe à l'effet contraire, je ne vois aucune erreur manifeste dans cette conclusion. En fait, le seul autre élément de preuve portait sur les efforts faits en vain pour vendre les biens, essentiellement dans des conditions d'urgence. De toute évidence, le juge de première instance n'était pas satisfait des efforts ainsi déployés, et M. Corbeil a témoigné qu'il n'avait pas les moyens d'acheter les biens ou d'obtenir le financement nécessaire à cet achat. En outre, il n'est pas raisonnable de croire que les prix obtenus lors d'une vente forcée ou publique sont représentatifs de la valeur réelle. De toute façon, puisque la valeur doit être établie non pas dans le contexte d'une vente forcée par la BNC dans l'exercice de ces droits, mais plutôt dans le cadre de la renonciation à ses droits et de l'abandon illégal des biens, leur valeur réelle constitue la juste mesure des dommages subis. Cette conclusion est conforme à notre décision dans l'arrêt *Banque Pro-*

R.S.C. 1970, c. B-1, property which did not fall within the ambit of that section and the debtor was himself bankrupt. While the circumstances were somewhat different, they called for the application of similar principles. Lamer J., as he then was, wrote at p. 112:

In my view it was for the Bank, once established that it had unlawfully sold the property of another, and not in realization of its security, to prove that the reduction in Air-Tech's estate having regard to the creditors of the bankruptcy was less than in the amount of the value of these items; otherwise, the amount of the compensation should be the value of the items, as determined by the Court of Appeal, and not disputed by the parties, namely the sum of \$130,474.26.

As stated above, I find no manifest error in the trial judge's determination.

I would therefore allow the appeal and restore the judgment of the trial judge corrected in accordance with the consent of the parties dated October 6, 1988 and modified:

- (1) to take into account the admission dated June 27, 1990 by respondent of receipt of payment of \$2,442.78 on August 4, 1986;
- (2) to declare nul the deed of collateral hypothec in view of the satisfaction of Lorac's indebtedness to NBC and the admission filed at the hearing by NBC dated September 14, 1990 acknowledging that such deed no longer has any object as regards Chotech, since this company is not indebted to and does no business with NBC;
- (3) having regard to the consent of the parties dated October 6, 1988 to set March 1, 1984 as the date from which interest shall run on the principal demand;
- (4) to grant the additional indemnity provided under art. 1078.1 *C.C.L.C.*, no reason being shown for its not being granted.

*vinciale du Canada c. Gagnon*, [1981] 2 R.C.S. 98. Dans cette affaire, la banque avait pris possession et vendu, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, ch. B-1, des biens qui ne relevaient pas de cet article, et le débiteur était en faillite. Bien que les circonstances soient assez différentes, elles entraînaient l'application de principes similaires. Le juge Lamer (alors juge puîné) dit ceci, à la p. 112:

Il incombait à mon avis à la Banque, une fois établi qu'elle avait vendu illégalement et non plus en réalisation de sa garantie la chose d'autrui, de prouver que l'appauvrissement du patrimoine de Air-Tech en regard des créanciers de la faillite a été moindre que du montant de la valeur de ces objets; à défaut de quoi, le montant du dédommagement devait être la valeur de ces choses, telle que déterminée par la Cour d'appel et que ne contestent pas les parties, soit la somme de \$130,474.26.

Encore une fois, je ne trouve aucune erreur manifeste dans la conclusion tirée par le juge de première instance.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance, rectifié selon le consentement des parties en date du 6 octobre 1988, et modifié de façon à

- (1) tenir compte de l'admission faite par l'intimée, en date du 27 juin 1990, concernant la perception d'une somme de 2 442,78 \$ le 4 août 1986;
- (2) annuler l'acte de cautionnement hypothécaire, vu la satisfaction des dettes de Lorac envers la BNC et l'admission déposée par la BNC à l'audience, datée du 14 septembre 1990, reconnaissant que cet acte n'a plus d'objet en ce qui concerne Chotech, puisque cette société n'est pas débitrice de la BNC avec qui elle ne fait pas affaires;
- (3) prendre en considération le consentement des parties en date du 6 octobre 1988, établissant le 1<sup>er</sup> mars 1984 comme point de départ des intérêts afférents aux sommes réclamées dans la demande principale;
- (4) accorder l'indemnité supplémentaire prévue à l'art. 1078.1 *C.c.B.-C.*, puisque rien n'indique qu'il devrait en être autrement.

VI—Disposition

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal of September 5, 1989 as corrected by judgment of November 1, 1989 is set aside and the judgment of the Superior Court is restored modified as follows:

—doth maintain in part the action of plaintiff-respondent;

—doth declare the defendant-appellant, Lorac, indebted to plaintiff-respondent in the amount of \$33,254.94 with interest at the rate of 13.5 per cent per annum from March 1, 1984;

—doth maintain in part the cross-demand;

—doth declare the plaintiff-respondent indebted to defendant-appellant, Lorac, in the amount of \$57,701.88 with interest at 5 per cent and the additional indemnity provided under art. 1078.1 *C.C.L.C.* from February 27, 1984;

—doth declare compensation *pro tanto* between said amounts after calculation of interest and indemnity as of June 30, 1986;

—doth accordingly condemn plaintiff-respondent to pay to defendant-appellant, Lorac, the resulting balance with interest thereon and the indemnity under art. 1078.1 *C.C.L.C.* from June 30, 1986 to which balance shall be added as of August 4, 1986 the sum of \$2,442.78;

—doth annul the deed of collateral hypothec passed on December 2, 1981 before M<sup>e</sup> Gilles Legault, notary, between NBC and Corbeil, registered at the Registry Division of Argenteuil on December 8, 1981 under No. 196406, against the following immovable property:

[TRANSLATION] DESCRIPTION

A lot located in the Township of Harrington, in the County of Argenteuil, known and designated as lot number THIRTY-NINE of the official subdivision of original lot number FIFTEEN (15-39) in the Fifth Range, in the official plan and book of reference of the

VI—Dispositif

Le pourvoi est accueilli, la décision rendue par la Cour d'appel le 5 septembre 1989, rectifiée par jugement le 1<sup>er</sup> novembre 1989, est infirmée et le jugement de la Cour supérieure est rétabli, avec les modifications suivantes:

La Cour

—accueille en partie l'action de la demanderesse-intimée;

—déclare que la défenderesse-appelante, Lorac, doit à la demanderesse-intimée la somme de 33 254,94 \$, avec intérêts au taux de 13,5 p. 100 l'an, à compter du 1<sup>er</sup> mars 1984;

—accueille en partie la demande reconventionnelle;

—déclare que la demanderesse-intimée doit à la défenderesse-appelante, Lorac, la somme de 57 701,88 \$, avec intérêts au taux de 5 p. 100 ainsi que l'indemnité supplémentaire prévue à l'art. 1078.1 *C.c.B.-C.*, à compter du 27 février 1984;

—déclare qu'il y a compensation *pro tanto* entre lesdits montants, après calcul des intérêts et de l'indemnité, au 30 juin 1986;

—condamne par conséquent la demanderesse-intimée à payer à la défenderesse-appelante, Lorac, le reliquat de la compensation, avec intérêts ainsi que l'indemnité prévue à l'art. 1078.1 *C.c.B.-C.*, à compter du 30 juin 1986, reliquat auquel sera ajoutée, à compter du 4 août 1986, la somme de 2 442,78 \$;

—annule l'acte de cautionnement hypothécaire conclu le 2 décembre 1981 devant M<sup>e</sup> Gilles Legault, notaire, entre BNC et Corbeil, et enregistré à la Division d'enregistrement d'Argenteuil, le 8 décembre 1981, au n<sup>o</sup> 196406, à l'égard de l'immeuble suivant:

DÉSIGNATION

Un emplacement situé dans le Canton de Harrington, dans le Comté d'Argenteuil, connu et désigné comme étant le lot numéro TRENTE-NEUF de la subdivision officielle du lot originaire numéro QUINZE (15-39) dans le Cinquième Rang, aux Plan et Livre de Renvoi

said Township of Harrington, having a surface area of thirteen thousand seven hundred and ninety square feet (13,790 sq. ft.), English measure more or less.

With the property erected thereon, having number 81 Mohawk Drive, Lac Forest, Township of Harrington.

As the whole stands at present, with all active and passive, apparent or covert servitudes attached to the said immovable property, with no exception or reservation by the Party of the Second Part.

and doth order the Registrar of the said Registration Division to radiate the said registration;

—doth annul the personal guarantee signed by the defendant-appellant, Corbeil, exhibit P-1.

The whole with costs in this Court and the courts below in favour of the appellants.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Zimmerman & Blitt, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Smith, Saint-Martin & Morin, Montréal.*

Officiels du dit Canton de Harrington, et ayant une superficie de Treize mille sept cent quatre-vingt-dix pieds carrés (13,790 p.c.), Mesure anglaise et plus ou moins.

<sup>a</sup> Avec la propriété dessus érigée portant le numéro 81 Mohawk Drive, Lac Forest, Canton de Harrington.

<sup>b</sup> Tel que le tout se trouve présentement avec toutes les servitudes actives et passives, apparentes ou occultes attachées au dit immeuble, sans aucune exception ni réserve de la part de la Partie de Seconde Part.

et ordonne au registrateur de ladite division d'enregistrement de radier cet enregistrement;

<sup>c</sup> —annule la lettre de cautionnement signée par le défendeur-appellant, Corbeil, pièce P-1.

Le tout avec dépens devant cette Cour et les tribunaux inférieurs, en faveur des appelants.

<sup>d</sup> *Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Zimmerman & Blitt, Montréal.*

<sup>e</sup> *Procureurs de l'intimée: Smith, Saint-Martin & Morin, Montréal.*

**The Dominion of Canada General Insurance Company** *Appellant*

v.

**William Ford** *Respondent*

INDEXED AS: FORD v. DOMINION OF CANADA GENERAL INSURANCE CO.

File No.: 21821.

1991: January 23; 1991: February 7.

Present: La Forest and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Insurance — Loss by fire — Arson likely cause — Coverage denied — Non-disclosure of cancellation of an earlier policy for non-payment of premium and serious insurance fraud — Breach of Statutory Condition in fraudulently omitting to communicate material circumstances.*

*Held:* The appeal should be allowed.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 62 Man. R. (2d) 244, 40 C.C.L.I. 313, reversing De Graves J.'s dismissal of the action and remitting the matter to the trial judge (1988), 54 Man. R. (2d) 283, and 54 Man. R. (2d) 290 (addendum), 34 C.C.L.I. 224. Appeal allowed.

*Louise Lamb*, for the appellant.

*William Ford*, on his own behalf.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—I am in agreement with the minority reasons given by Philp J.A. (1989), 62 Man. R. (2d) 244, at pp. 246 *et seq.* As a result, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the judgment at trial. The appellant is entitled to its costs of this appeal and throughout these proceedings.

**The Dominion of Canada General Insurance Company** *Appelante*

c.

*a*

**William Ford** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: FORD c. DOMINION OF CANADA GENERAL INSURANCE CO.

*b*

N° du greffe: 21821.

1991: 23 janvier; 1991: 7 février.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Assurance — Perte causée par le feu — Cause probable: incendie criminel — Protection refusée — Non-divulgation de l'annulation d'une police antérieure pour cause de non-paiement de la prime et de fraude sérieuse en matière d'assurance — Non-respect d'une condition légale en omettant frauduleusement de faire part de circonstances importantes.*

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 62 Man. R. (2d) 244, 40 C.C.L.I. 313, qui a infirmé le rejet de l'action par le juge De Graves et qui a renvoyé l'affaire au juge de première instance (1988), 54 Man. R. (2d) 283, et 54 Man. R. (2d) 290 (addendum), 34 C.C.L.I. 224. Pourvoi accueilli.

*Louise Lamb*, pour l'appelante.

*William Ford*, en personne.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—Je suis d'accord avec les motifs minoritaires de la Cour d'appel exposés par le juge Philp (1989), 62 Man. R. (2d) 244, aux pp. 246 et suiv. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

*Appeal allowed with costs.*

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Solicitors for the appellant: Fillmore & Riley, Win-  
nipeg.*

*Procureurs de l'appelante: Fillmore & Riley, Win-  
nipeg.*

*Solicitor for the respondent: John W. Wilson, Win-  
nipeg.*

<sup>a</sup>

*Procureur de l'intimé: John W. Wilson, Winnipeg.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 1991 Vol. 1**

**2<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 1**

**Cited as [1991] 1 S.C.R. 139-299**

**Renvoi [1991] 1 R.C.S. 139-299**

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

## CONTENTS

### **Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada ..... 139**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations infringe s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Respondent's freedom of expression infringed — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations encompass political activities — Whether action of officials constitutes a limit prescribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

## SOMMAIRE

### **Comité pour la République du Canada c. Canada .... 139**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Atteinte à la liberté d'expression des intimés — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement s'applique-t-il aux activités politiques? — L'action des fonctionnaires constitue-t-elle une limite prescrite par une règle de droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Transportation — Airports — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations infringe freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether government's proprietary rights allow it to control all activity on its property as it sees fit — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

### **R. v. F.(J.T.)** ..... 285

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Accused convicted by provincially appointed judge presiding over youth court — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

Courts — Jurisdiction — Accused convicted by provincially appointed judge presiding over youth court — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Whether youth court judges must be appointed by Governor in Council — Whether provincial court judges can be appointed youth court judges by Lieutenant Governor in Council — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

### **R. v. W. (D.A.)** ..... 291

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Whether youth court judges must be appointed by Governor in Council — Whether provincial court judges can be appointed youth court judges by Lieutenant Governor in Council — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

### **R. v. Reddick (motion)**..... 297

Criminal law — Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Accused granted leave to appeal to Supreme Court of Canada — Crown consenting to reversal of judgment to the extent that a new trial be ordered — Whether s. 70 of Supreme Court Act applies to criminal

## SOMMAIRE (Suite)

Transports — Aéroports — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les droits de propriétaire du gouvernement lui permettent-ils de contrôler toute activité dans sa propriété comme bon lui semble? — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

### **R. c. F.(J.T.)** ..... 285

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Déclaration de culpabilité de l'accusé par un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

Tribunaux — Compétence — Déclaration de culpabilité de l'accusé par un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Les juges des tribunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le gouverneur en conseil? — Les juges des cours provinciales peuvent-ils être nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

### **R. c. W. (D.A.)** ..... 291

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Les juges des tribunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le gouverneur en conseil? — Les juges des cours provinciales peuvent-ils être nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

## CONTENTS (Concluded)

appeal — Whether consent order can be forced on unwilling appellant — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

### Reference Re *Young Offenders Act* (P.E.I.) ..... 252

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Whether youth court judges must be appointed by Governor in Council — Whether supreme court and provincial court judges can be appointed youth court judges by Lieutenant Governor in Council — *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

## SOMMAIRE (Fin)

### R. c. Reddick (requête) ..... 297

Droit criminel — Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation du jugement — L'accusé a été autorisé à se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — Le ministère public a consenti à la cassation du jugement pourvu qu'un nouveau procès soit ordonné — L'article 70 de la Loi sur la Cour suprême s'applique-t-il à un appel en matière criminelle? — Une ordonnance de consentement peut-elle être imposée à un appelant réticent? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

### Renvoi relatif à la *Loi sur les jeunes contrevenants* (I.-P.-É.) ..... 252

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges des cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges des cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Les juges des tribunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le gouverneur en conseil? — Les juges des cours suprêmes et des cours provinciales peuvent-ils être nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.



**Her Majesty The Queen in Right of  
Canada** *Appellant*

v.

**Comité pour la République du Canada —  
Committee for the Commonwealth of  
Canada, François Lépine and Christiane  
Deland** *Respondents*

and

**The Attorney General for Ontario, Watch  
Tower Bible and Tract Society of Canada,  
Kenneth Arthur Little and Thomas Richard  
Jones** *Intervenors*

INDEXED AS: COMMITTEE FOR THE COMMONWEALTH OF  
CANADA v. CANADA

File No.: 20334.

1990: May 22; 1991: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom  
of expression — Airport officials forbidding distributing  
of political pamphlets — Federal regulations prohibit-  
ing advertising or soliciting at airports — Whether regu-  
lations infringe s. 2(b) of Canadian Charter of Rights  
and Freedoms — If so, whether infringement justifiable  
under s. 1 of Charter — Government Airport Conces-  
sion Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Reasona-  
ble limits — Airport officials forbidding distributing  
of political pamphlets — Respondent's freedom of expres-  
sion infringed — Federal regulations prohibiting adver-  
tising or soliciting at airports — Whether regulations  
encompass political activities — Whether action of offi-  
cials constitutes a limit prescribed by law — Canadian  
Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Government*

\* Chief Justice at the time of judgment.

**Sa Majesté la Reine du chef du  
Canada** *Appelante*

a c.

**Comité pour la République du  
Canada—Committee for the  
Commonwealth of Canada, François Lépine  
et Christiane Deland** *Intimés*

b et

c **Le procureur général de l'Ontario, Watch  
Tower Bible and Tract Society of Canada,  
Kenneth Arthur Little et Thomas Richard  
Jones** *Intervenants*

d RÉPERTORIÉ: COMITÉ POUR LA RÉPUBLIQUE DU CANADA  
c. CANADA

N<sup>o</sup> du greffe: 20334.

e 1990: 22 mai; 1991: 25 janvier.

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

f EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté  
d'expression — Interdiction par des fonctionnaires d'aé-  
roport de distribuer des brochures politiques — Règle-  
ment fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation  
dans les aéroports—Le règlement viole-t-il l'art. 2b) de  
la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans  
l'affirmative, la violation est-elle justifiable en vertu de  
l'article premier de la Charte? — Règlement sur l'ex-  
ploitation de concessions aux aéroports du gouverne-  
ment, DORS/79-373, art. 7a), b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites  
raisonnables — Interdiction par des fonctionnaires  
d'aéroport de distribuer des brochures politiques —  
Atteinte à la liberté d'expression des intimés — Règle-  
ment fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation  
dans les aéroports — Le règlement s'applique-t-il aux  
activités politiques? — L'action des fonctionnaires  
constitue-t-elle une limite prescrite par une règle de*

\* Juge en chef à la date du jugement.

*Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).*

*Transportation — Airports — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations infringe freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether government's proprietary rights allow it to control all activity on its property as it sees fit — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).*

Respondents L and D were at an airport telling passers-by about the respondent committee and its goals and recruiting members when they were asked by an R.C.M.P. officer to cease their activities. The airport's assistant manager confirmed to them that such political propaganda activities were not permitted, as ss. 7(a) and 7(b) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* prohibited the conducting of any business or undertaking, commercial or otherwise, and any advertising or soliciting at an airport, except as authorized in writing by the Minister. The trial judge granted respondents' action for a declaration that appellant had not respected their fundamental freedoms. The Federal Court of Appeal affirmed the judgment. This appeal is to determine whether ss. 7(a) and 7(b) of the *Regulations* are inconsistent with the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether they are a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

*Held:* The appeal should be dismissed; respondents' freedom of expression was infringed.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka J.: The government's right of ownership, as a consequence of its special nature, cannot of itself authorize an infringement of the freedom guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. When a person claims that his freedom of expression was infringed while he was trying to express himself in a place owned by the government, the interests at issue must be examined, namely the interest of the individual wishing to express himself in a place suitable for such expression and the interest of the government, which must ensure effective operation of the place owned by it. An individual will thus only be free to communicate in such a place if the form of expression he uses is compatible with the principal function or intended purpose of

*droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).*

*Transports — Aéroports — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les droits de propriétaire du gouvernement lui permettent-ils de contrôler toute activité dans sa propriété comme bon lui semble? — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).*

Les intimés L et D étaient dans un aéroport, en train d'expliquer aux passants les objectifs du comité intimé et de recruter des membres, lorsqu'un agent de la GRC leur a demandé de cesser leurs activités. Le directeur adjoint de l'aéroport leur a confirmé que ces activités de propagande politique étaient prohibées car les al. 7a) et b) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* interdisaient de se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, et de faire de la publicité ou de la sollicitation dans un aéroport, à moins d'avoir obtenu une autorisation écrite du Ministre. Le juge de première instance a accueilli l'action des intimés visant à obtenir une déclaration portant que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales. La Cour d'appel fédérale a confirmé ce jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si les al. 7a) et 7b) du *Règlement* violent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si leur application est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté; la liberté d'expression des intimés a été violée.

*Le* juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Le droit de propriété du gouvernement, en raison de sa nature particulière, ne peut, à lui seul, permettre la violation de la liberté garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsqu'une personne invoque que sa liberté d'expression a été violée alors qu'elle tentait de s'exprimer dans un lieu dont le gouvernement est propriétaire, il faut examiner les intérêts en cause, soit l'intérêt de l'individu qui désire s'exprimer dans un lieu favorable à l'expression, et l'intérêt du gouvernement qui doit veiller au bon fonctionnement du lieu dont il est propriétaire. Un individu ne sera donc libre de s'exprimer dans un tel lieu que si la forme d'expression qu'il emploie est compatible avec la fonction ou destination principale de ce lieu et n'a pas

the place and does not have the effect of depriving the citizens as a whole of the effective operation of government services and undertakings. If the expression takes a form that contravenes the function of the place, such a form of expression will not fall under s. 2(b). It is only after the complainant has proved that his form of expression is compatible with the function of the place that the justifications which may be put forward under s. 1 of the *Charter* can be analysed.

In this case respondents' activities at the airport benefited from the protection of s. 2(b) of the *Charter*. The distribution of pamphlets and discussion with certain members of the public are in no way incompatible with the airport's primary function, that of accommodating the needs of the travelling public. An airport is a thoroughfare, which in its open areas or waiting areas can accommodate expression without the effectiveness or function of the place being in any way threatened. There was thus a limitation on the freedom of expression enjoyed by respondents when the airport manager ordered them to cease their activities. However, in the absence of a limit prescribed by law, this limitation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The language of ss. 7(a) and 7(b) of the Regulations, analysed in the context of the section and of the Regulations as a whole, prohibits only undertakings of a commercial nature and does not cover political propaganda. Section 7 is accordingly not applicable in this case. The limitation imposed on respondents' freedom of expression arose from the action taken by the airport manager, a government official, who ordered them to cease their activities. Although this action was based on an established policy or internal directive, it cannot be concluded from this that there was a "law" which could be justified under s. 1 of the *Charter*. The government's internal directives or policies differ essentially from statutes and regulations in that they are generally not published and so are not known to the public. Moreover, they are binding only on government officials and may be amended or cancelled at will.

*Per* La Forest J.: Freedom of expression, while it does not encompass the right to use any and all government property for purposes of disseminating views on public matters, does include the right to use streets and parks which are dedicated to the use of the public, subject to reasonable limitation to ensure their continued use for the purposes to which they are dedicated. This should include areas of airports frequented by travellers and members of the public. The blanket prohibition against the use of such areas for the purpose of the expression

pour conséquence de priver l'ensemble des citoyens de l'opération efficace des services et entreprises gouvernementaux. Si l'expression adoptée est une forme qui contrevient la fonction de l'endroit, une telle forme d'expression ne relèvera pas de l'al. 2b). Ce n'est qu'une fois que le plaignant aura prouvé que la forme d'expression qu'il a utilisée est compatible avec la fonction de l'endroit que l'on procédera à l'analyse des justifications pouvant être apportées sous l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce, les activités des intimés à l'aéroport bénéficiaient de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. La distribution de dépliants et la discussion avec certains membres du public ne sont pas incompatibles avec la fonction principale de l'aéroport, c.-à-d. répondre aux besoins du public voyageur. Un aéroport est un endroit de passage qui, dans ses aires libres ou ses aires d'attente, peut permettre l'expression sans que l'efficacité ou la fonction du lieu ne soit de quelque façon menacée. Il y a donc eu restriction de la liberté d'expression dont jouissent les intimés lorsque le directeur de l'aéroport leur a ordonné de cesser leurs activités. Toutefois, cette restriction, en l'absence d'une règle de droit, ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les termes des al. 7a) et 7b) du Règlement, analysés dans le contexte de l'article et du Règlement dans son ensemble, ne prohibent que des activités de nature commerciale et n'englobent pas la propagande politique. L'article 7 est donc inapplicable à l'espèce. La restriction imposée à la liberté d'expression des intimés a été causée par le geste du directeur de l'aéroport, un agent du gouvernement, qui leur a ordonné de cesser leurs activités. Bien que ce geste soit fondé sur une politique ou directive établie, l'on ne peut de ce fait conclure qu'il existe une «règle de droit» pouvant être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les directives ou politiques internes du gouvernement diffèrent essentiellement des lois et règlements dans la mesure où elles ne sont généralement pas publiées et de ce fait connues du public. De plus, elles ne lient de façon obligatoire que les agents du gouvernement et peuvent être modifiées ou répudiées en toute discrétion.

*Le* juge La Forest: La liberté d'expression, bien qu'elle ne comprenne pas le droit d'utiliser toutes les propriétés du gouvernement aux fins de répandre ses opinions sur des questions de nature publique, comprend le droit d'utiliser à ces fins les rues et parcs destinés à l'usage du public, sous réserve d'une limitation raisonnable conçue en vue d'assurer leur utilisation continue pour les fins auxquelles ils sont destinés. Cela devrait inclure des parties d'aéroport fréquentées par les voyageurs et les membres du public. L'interdiction

of views violated the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, and is not justifiable under s. 1. Section 7 of the Regulations does not cover political activities, but in prohibiting expression of political views at the airport, the officials were exercising the Crown's legal right to manage its property, and the prohibition was thus prescribed by law.

*Per* L'Heureux-Dubé J.: Section 7 of the Regulations has the effect of restricting political expression, even if that is not its purpose, and thus breaches s. 2(b) of the *Charter*. Where a restriction on expressive activity is content-neutral, the government must demonstrate that the restriction is not an unreasonable restriction on the time, place and manner of the expressive activity. This must be demonstrated under s. 1 of the *Charter*.

Although the expressive activity took place on government property, the government cannot have complete discretion to treat its property as would a private citizen. If members of the public had no right whatsoever to engage in expressive activity on government-owned property, little opportunity would exist to exercise their freedom of expression. While s. 2(b) of the *Charter* does not provide a right of access to all government property, some property will be constitutionally open to the public. This analysis is properly dealt with under s. 1 of the *Charter*. A number of factors are helpful to determine whether the restrictions by the government have been applied to property which is a "public arena". These factors include: the traditional openness of such property for expressive activity; whether the public is ordinarily admitted to the property as of right; the compatibility of the property's purpose with such activity; the impact of the property's availability on the achievement of s. 2(b)'s purposes; the property's symbolic significance for the message being communicated; and the availability of other public arenas in the vicinity. The "traditional" component of the public arena analysis must appreciate the "type" of place historically associated with public discussion, and should not be restricted to the actual places themselves. Bus, train and airport terminals, which draw large numbers of travellers, are contemporary crossroads or modern thoroughfares and should thus be accessible to those seeking to communicate with the passing crowds. Similarly, while the symbolism of a courthouse lawn or Parliament Hill is self-evident, streets and parks have also acquired special significance as places where one can address one's fellow citizens on any number of matters, and the same holds true for airport terminals. The non-security zones within

générale d'utiliser ces endroits aux fins de l'expression d'opinions viole la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) de la *Charte*, et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. L'article 7 du Règlement ne s'applique pas aux activités politiques, mais en interdisant l'expression d'opinions politiques dans les aéroports, les fonctionnaires exerçaient le droit qu'a l'État, en vertu de la loi, d'administrer ses biens, et l'interdiction était donc prescrite par une règle de droit.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'article 7 du Règlement a pour effet de restreindre l'expression politique, même si ce n'est pas là son but, et il viole ainsi l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsque la restriction des activités expressives n'est pas liée au contenu, le gouvernement doit démontrer qu'il ne s'agit pas d'une restriction abusive quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression. Pareille démonstration doit se faire en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Même si l'activité expressive s'est déroulée dans une propriété gouvernementale, le gouvernement ne saurait avoir le pouvoir discrétionnaire de traiter sa propriété comme le ferait un particulier. Si les membres du public n'avaient absolument pas le droit de se livrer à une activité expressive dans la propriété du gouvernement, ils auraient peu d'occasions d'exercer leur liberté d'expression. Bien que l'al. 2b) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété du gouvernement, certaines propriétés seront ouvertes au public, en vertu de la Constitution. Cette analyse se fait à bon droit en vertu de l'article premier de la *Charte*. Un certain nombre de facteurs sont utiles pour déterminer si les restrictions imposées par le gouvernement ont été appliquées à une propriété qui constitue une «tribune publique». Parmi ces facteurs, il y a: la disponibilité traditionnelle de ce genre de propriété à des fins d'activité expressive, l'accès du public à la propriété est ordinairement considéré ou non comme un droit, la compatibilité de l'objet de la propriété avec pareille activité, les conséquences de l'accessibilité de cette propriété sur la réalisation des objets de l'al. 2b), la signification symbolique de la propriété aux fins du message transmis, et l'accessibilité d'autres tribunes publiques dans les environs. L'élément «traditionnel» de l'analyse de la tribune publique doit s'attarder au «type» d'endroits associés historiquement à la discussion publique, et non pas se restreindre à des endroits en particulier. Les terminus d'autobus, les gares et les aéroports qui attirent de grandes quantités de voyageurs sont des carrefours des temps modernes ou des voies contemporaines, et devraient donc être accessibles à ceux qui désirent communiquer avec la foule qui y circule. De même, le symbolisme de la pelouse d'un palais de justice ou de la Colline parlementaire va



airport terminals are thus properly regarded as public arenas, and the government cannot simply assert property rights, or claim that the expression is unrelated to an airport's function, in order to justify the restriction.

Section 7 of the Regulations is too vague and does not constitute a limit "prescribed by law" and thus cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Section 7(a) prohibits "any business or undertaking, commercial or otherwise" at the airport. It has failed to offer an intelligible standard which would enable a citizen to regulate his or her conduct. The Regulation can be read as an attempt to eradicate all types of expression or, more narrowly, to exclude only certain types of expression, and thus creates confusion. This does not allow fundamental freedoms to be fully exercised. The plenary discretion given to the Minister may also create a vague standard which does not accord with the requirement in s. 1 of the *Charter* that a limit on a right or freedom be "prescribed by law".

Section 7 of the Regulations is also overbroad and thus does not impair freedom of expression as little as possible. The Regulation applies not only to the activity at issue but also to virtually all conceivable activity involving freedom of expression at airports.

Although some objectives would be reasonable in justifying restrictions on expression in an airport, the time, place, and manner restrictions are not reasonable in the context and circumstances of this case. They bear no rational connection to the government's possible objectives and are broad to the point of being unintelligible. Section 7 of the Regulations does not, for the same reason, pass the proportionality test. Its impairment, far from being minimal, could not be greater.

*Per McLachlin J.:* The test for the constitutional right to use government property for public expression should be based on the values and interests at stake and should not be confined to the characteristics of particular types

de soi; cependant, les rues et les parcs ont également acquis une signification particulière: ce sont des endroits où l'on peut s'adresser à ses concitoyens sur différents sujets; et ceci s'applique également aux aéroports. Les zones non affectées à la sécurité dans les aéroports sont donc considérées avec raison comme des tribunes publiques et le gouvernement ne peut pas se contenter d'affirmer ses droits de propriété ou de prétendre que l'expression n'est aucunement liée aux fonctions d'un aéroport pour justifier les restrictions qu'il impose.

L'article 7 du Règlement est trop imprécis et ne constitue pas une limite «prescrite par une règle de droit»; il ne peut donc pas être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 7a) interdit de se livrer à «une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre» dans un aéroport. Il ne prévoit pas de «norme intelligible» qui permettrait au citoyen de régler sa conduite. Le Règlement peut être interprété comme une tentative d'exclure tout genre d'expression ou, plus restrictivement, comme une tentative d'exclure seulement certains types d'expressions, et il crée ainsi de la confusion. Cela ne permet pas d'exercer pleinement les libertés fondamentales. Les pleins pouvoirs discrétionnaires accordés au Ministre sont également susceptibles de créer une norme imprécise qui ne soit pas conforme à l'exigence de l'article premier de la *Charte* que la restriction d'un droit ou d'une liberté soit «prescrite par une règle de droit».

L'article 7 du Règlement a également une portée excessive et ne porte donc pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression. Le Règlement s'applique non seulement à l'activité en question mais encore à pratiquement toute activité imaginable liée à la liberté d'expression dans les aéroports.

Même si certains objectifs seraient raisonnables pour justifier des restrictions de l'expression dans un aéroport, les restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression ne sont pas raisonnables dans le contexte et les circonstances particulières de la présente affaire. Elles n'ont aucun lien rationnel avec les objectifs gouvernementaux éventuels et sont tellement générales qu'elles deviennent inintelligibles. L'article 7 du Règlement ne répond pas au critère de proportionnalité, et ce, pour les mêmes raisons. L'atteinte qu'il porte n'est pas minimale; au contraire, elle ne saurait être plus grave.

*Le juge McLachlin:* Le critère d'application du droit constitutionnel d'utiliser une propriété gouvernementale à des fins d'expression publique devrait être fondé sur les valeurs et les intérêts en jeu et non se limiter aux

of government property. This test should reflect the concepts traditionally associated with free expression and should extend constitutional protection to expression on some but not all government property. The analysis under s. 2(b) of the *Charter* should be primarily definitional, and the test should be sufficiently generous to ensure that valid claims are not excluded for want of proof.

The test for whether s. 2(b) applies to protect expression in a particular forum depends on the class into which the restriction at issue falls. Section 2(b) of the *Charter* would usually be infringed if the government's purpose was to restrict the content of expression by limiting the forums in which it can be made. A content-neutral restriction, however, may not infringe freedom of expression at all. Section 2(b) of the *Charter* would apply if it were established that the expression (including its time, place and manner) promoted one of the purposes underlying the guarantee of free expression: the seeking and obtaining of truth; participation in social and political decision-making; and the encouragement of diversity in forms of individual self-fulfilment by cultivating a tolerant, welcoming environment for the conveyance and reception of ideas. A link must be established between the use of the forum for public expression and at least one of these purposes if the protection of s. 2(b) of the *Charter* is to apply.

The policy of the airport officials of prohibiting all political propaganda was content-neutral; it was aimed at the consequences of such expression rather than the particular messages communicated. The restriction had the effect of limiting expression, and the expression in question promoted one of the purposes of the guarantee of free expression, namely participation in political or social issues in the community. The government's action thus constituted a limitation of respondents' rights under s. 2(b) of the *Charter*.

The limitation of respondents' rights is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The words "advertise" and "solicit" in s. 7(b) of the Regulations are broad enough to cover non-commercial publicity and solicitation, and respondents' conduct thus falls within the regulation. Even if it did not, the act of the airport officials in preventing respondents from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law

caractéristiques de différents genres de propriétés gouvernementales. Ce critère devrait refléter les concepts associés traditionnellement à la liberté d'expression et il devrait prévoir la protection constitutionnelle de l'expression non pas dans toutes les propriétés gouvernementales mais dans certaines seulement. L'analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte* devrait surtout être axée sur la définition, et le critère devrait être assez large pour que les revendications régulières ne soient pas exclues, faute de preuve.

Le critère utilisé pour déterminer si l'al. 2b) s'applique pour protéger l'expression dans un forum particulier dépend de la catégorie où se trouve la restriction en litige. Il y aurait généralement violation de l'al. 2b) de la *Charte* si l'objectif du gouvernement était de restreindre le contenu de l'expression en limitant les forums où elle peut avoir lieu. Toutefois, si la restriction n'est pas liée au contenu, il est possible qu'elle ne porte aucunement atteinte à la liberté d'expression. L'alinéa 2b) de la *Charte* s'appliquerait si l'on démontrait que l'expression en cause (y compris l'heure, le lieu et le mode d'expression) sert à promouvoir l'un des objectifs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression: la recherche de la vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique, et l'encouragement de la diversité des formes d'épanouissement personnel dans une société tolérante et accueillante à l'égard de la transmission et de la réception des idées. Pour que la protection de l'al. 2b) de la *Charte* s'applique, il faut faire la preuve de l'existence d'un lien entre l'utilisation du forum à des fins d'expression publique et au moins l'un de ces objectifs.

La politique des fonctionnaires de l'aéroport, consistant à interdire toute propagande politique, n'était aucunement liée au contenu; elle visait les conséquences de l'expression plutôt que les messages transmis. La restriction avait pour effet de limiter l'expression et l'expression en cause servait à promouvoir l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression, soit la participation aux questions politiques et sociales dans la société. L'action du gouvernement constituait donc une restriction des droits que confère aux intimés l'al. 2b) de la *Charte*.

La restriction des droits des intimés n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'expression «faire [...] de la publicité ou de la sollicitation», à l'al. 7b) du Règlement, est assez générale pour comprendre la publicité et la sollicitation non commerciales, de sorte que la conduite des intimés entre dans le champ du règlement en cause. Même si ce n'était pas le cas, le geste des fonctionnaires de l'aéroport qui ont empêché

because the officials were acting pursuant to the Crown's legal rights as owner of the premises. The government's objective in imposing the limit is not of sufficient importance to warrant overriding a *Charter* right, since there is nothing in the function or purpose of an airport which is incompatible with respondents' conduct. Further, the means chosen to attain the objective are neither reasonable nor proportionate to respondents' interest in conveying their message pursuant to their right under s. 2(b) of the *Charter*. The practice of airport authorities of preventing all "political propaganda activities" constitutes a blanket exclusion of political solicitation in the airport unrelated to concerns for its function and devoid of safeguards to protect against overreaching application. The limitation is overbroad and hence not saved by s. 1.

*Per Gonthier J.:* While in agreement with the several elements put forward by Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé J. pertinent to a determination of the extent of freedom of expression on government property, the application of ss. 1 and 2(b) of the *Charter* should be structured as outlined by McLachlin J. The reasons of L'Heureux-Dubé J. as to the application of s. 7 of the Regulations to the conduct of the respondents were agreed with.

*Per Cory J.:* Notwithstanding agreement with the reasons of Lamer C.J. in so far as they deal with the use of government-owned property by members of the public for the purposes of expressing themselves on various issues, the impugned Regulation contravenes s. 2(b) and cannot be saved by s. 1 of the *Charter*, as found by L'Heureux-Dubé J.

#### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Not followed:** *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); **referred to:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 S.C.R. 276;

les intimés de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l'État, en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux. L'objectif poursuivi par le gouvernement, en imposant la restriction en cause, n'est pas suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte* puisqu'aucun élément de la fonction ou de l'objectif d'un aéroport n'est incompatible avec la conduite des intimés. En outre, les moyens choisis pour atteindre l'objectif poursuivi ne sont ni raisonnables ni proportionnels à l'intérêt qu'ont les intimés à transmettre leur message, conformément au droit que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte*. La pratique suivie par les autorités de l'aéroport, interdisant toutes les «activités de propagande politique», constitue une exclusion générale de la sollicitation politique à l'aéroport qui n'a rien à voir avec les préoccupations relatives à sa fonction et ne contient aucune garantie de protection contre une application excessive. La restriction en question est trop générale et n'est donc pas sauvegardée par l'article premier.

*Le juge Gonthier:* Bien qu'il y ait accord avec les éléments proposés par le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé, comme pertinents à la définition de la portée de la liberté d'expression dans une propriété du gouvernement, l'application de l'article premier et de l'al. 2b) de la *Charte* devrait se faire selon le cadre exposé par le juge McLachlin. Il y a également accord avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé quant à l'application de l'art. 7 du Règlement à la conduite des intimés.

*Le juge Cory:* Bien qu'il y ait accord avec les motifs du juge en chef Lamer dans la mesure où ils ont trait à l'utilisation d'une propriété du gouvernement par des membres du public afin de s'exprimer sur différentes questions, le règlement contesté viole l'al. 2b) et ne saurait être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*, comme l'a conclu le juge L'Heureux-Dubé.

#### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt non suivi:** *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); **arrêts mentionnés:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22

*DeWare v. The Queen*, [1954] S.C.R. 182; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

R.C.S. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] R.C.S. 182; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

By L'Heureux-Dubé J.

a Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Referred to:** *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Ford v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Saumur v. City of Québec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638; *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200; *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965); *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (1983); *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498; *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30; *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, aff'd 45 O.R. (2d) 80 (leave to appeal granted, [1984] 1 S.C.R. xi, but appeal discontinued); *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R.

**Arrêts mentionnés:** *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Saumur v. City of Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638; *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200; *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965); *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (1983); *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498; affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, Série A, n° 30; *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, conf. par 45 O.R. (2d) 80 (autorisation de pourvoi accordée, [1984] 1 R.C.S. xi, mais pourvoi abandonné);

(2d) 65; *R. v. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595, 27 C.C.C. (3d) 77; *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

By McLachlin J.

**Considered:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **not followed:** *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980); **referred to:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 32.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 399, 400.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, s. 6, 7(a), (b), 8 to 20.  
 U.S. Constitution, First Amendment.

#### Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. "The Social and Legal Paradigms of Equality" (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5.  
*Concise Oxford Dictionary*, 7th ed. Edited by J. B. Sykes. Oxford: Oxford University Press, 1982, "solicit".  
 Cory, The Hon. Justice Peter deCarteret. *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of*

*R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65; *R. c. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595; *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt examiné:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêts non suivis:** *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980); **arrêts mentionnés:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 32.  
*Code civil du Bas Canada*, art. 399, 400.  
 Constitution des États-Unis, Premier amendement.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, art. 6, 7a), b), 8 à 20.

#### Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. «The Social and Legal Paradigms of Equality» (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5.  
*Concise Oxford Dictionary*, 7th ed. Edited by J. B. Sykes. Oxford: Oxford University Press, 1982, «solicit».  
 Cory, L'hon. Peter deCarteret. *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*,

- Adjudicating*, paper delivered at the University of Alberta Centre for Constitutional Studies, on April 21, 1990.
- Côté, Pierre-André. "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés" (1984), 18 *R.J.T.* 105.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.
- Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
- Dienes, C. Thomas. "The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis" (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109.
- Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Farber, Daniel A. and John E. Nowak. "The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219.
- Jakab, Peter. "Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* — A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property" (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545.
- Jeffries, John Calvin, Jr. "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.
- Kalven, Harry, Jr. "The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*", [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Lee, William E. "Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression" (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.
- MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713.
- Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
- Moon, Richard. "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339.
- Moon, Richard. "Freedom of Expression and Property Rights" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243.
- Petit Robert*. Paris: Le Robert, 1977, «publicité», «solliciter».
- Pinard, Danielle. «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*» (1990), 35 *McGill L.J.* 305.
- exposé fait au Centre for Constitutional Studies de l'Université de l'Alberta, le 21 avril 1990.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
- Côté, Pierre-André. «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984), 18 *R.J.T.* 105.
- Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
- Dienes, C. Thomas. «The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109.
- Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Farber, Daniel A. and John E. Nowak. «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219.
- Jakab, Peter. «Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property» (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545.
- Jeffries, John Calvin, Jr. «Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.
- Kalven, Harry, Jr. «The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Lee, William E. «Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression» (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.
- MacKay, A. Wayne. «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713.
- Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
- Moon, Richard. «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339.
- Moon, Richard. «Freedom of Expression and Property Rights» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243.
- Petit Robert*. Paris: Le Robert, 1977, «publicité», «solliciter».
- Pinard, Danielle. «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*» (1990), 35 *R.D. McGill* 305.
- Post, Robert C. «Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum» (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713.

- Post, Robert C. "Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum" (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713.
- Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In *Charter Litigation*. Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.
- Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 *U.T.L.J.* 229.
- Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, "solicit".
- Stuart, Don. "The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth" (1990), 77 C.R. (3d) 101.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.
- Trotter, Gary T. "LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine" (1988), 62 C.R. (3d) 183.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 2 F.C. 68, 36 D.L.R. (4th) 501, 76 N.R. 338, affirming the judgment of the Federal Court, Trial Division, [1985] 2 F.C. 3, 25 D.L.R. (4th) 460, 1 F.T.R. 71, 23 C.R.R. 1, granting respondents' action for a declaration that the appellant had not respected their fundamental freedoms. Appeal dismissed.

*Gaspard Côté, Q.C.* and *Claude Joyal*, for the appellant.

*Gérard Guay*, for the respondents.

*D. Lepofsky*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*W. Glen How, Q.C.*, for the interveners Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little and Thomas Richard Jones.

English version of the reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. delivered by

LAMER C.J.—I have had the advantage of reading the reasons of Justice L'Heureux-Dubé. I would ul-

Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In *Charter Litigation*. Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.

<sup>a</sup> Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Sharpe, Robert J. «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U.T.L.J.* 229.

<sup>b</sup> *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, «solicit».

Stuart, Don. «The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth» (1990), 77 C.R. (3d) 101.

<sup>c</sup> Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.

<sup>d</sup> Trotter, Gary T. «LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine» (1988), 62 C.R. (3d) 183.

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 2 C.F. 68, 36 D.L.R. (4th) 501, 76 N.R. 338, qui a confirmé le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1985] 2 C.F. 3, 25 D.L.R. (4th) 460, 1 F.T.R. 71, 23 C.R.R. 1, qui avait accueilli l'action des intimés visant à obtenir une déclaration portant que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales. Pourvoi rejeté.

<sup>g</sup> *Gaspard Côté, c.r.*, et *Claude Joyal*, pour l'appelante.

*Gérard Guay*, pour les intimés.

<sup>h</sup> *D. Lepofsky*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

<sup>i</sup> *W. Glen How, c.r.*, pour les intervenants Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little et Thomas Richard Jones.

Les motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka ont été rendus par

<sup>j</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai eu l'opportunité de lire les motifs du juge L'Heureux-Dubé. J'en arrive

mately dispose of this appeal in the same way, but would arrive at this conclusion by a different route.

Essentially, my position differs from that of my colleague in two regards: first, with respect, I do not share her position that the concept of “public forum” should be considered exclusively in the context of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Second, like Dubé J. at trial and the majority on appeal, I have come to the conclusion that s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373 (hereinafter “the Regulation”) is not applicable to the activities of the respondents in the case at bar. I will now look at these two points.

#### 1. The Concept of “Public Forum” and its Incorporation in Rules and Burdens Imposed by the Charter

As developed by the American courts in a series of decisions, the concept of “public forum” refers first and foremost to a social reality, namely, that certain places owned by the government constitute a favourable platform for the dissemination of ideas. In an article titled “The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana”, [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, at pp. 11-12, Prof. Harry Kalven, Jr. summarized the definition of the term “public forum” as follows:

... in an open democratic society the streets, the parks, and other public places are an important facility for public discussion and political process. They are in brief a public forum that the citizen can commandeer; the generosity and empathy with which such facilities are made available is an index of freedom.

The “public forum” concept thus appears as a “label” used by the American courts to describe certain places which are by their very nature suited to free expression. In thus characterizing certain places as “public forums”, the American courts have in fact made an exception to the absolute nature of the government’s right of ownership in order to conclude that the First Amendment to the American Constitution gives a person wishing to exercise his or her

ultimement à la même disposition du présent pourvoi, empruntant cependant une voie différente pour atteindre cette conclusion.

Ma position diffère essentiellement de celle de ma collègue à deux égards: d’une part, avec respect, je ne partage pas sa position selon laquelle la notion de «forum public» doit être examinée exclusivement sous l’égide de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. D’autre part, à l’instar du juge Dubé en première instance et des juges majoritaires en appel, j’en arrive à la conclusion que l’art. 7 du *Règlement sur l’exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373 (ci-après le *Règlement*), ne trouve pas application aux activités des intimés en l’espèce. J’examinerai maintenant ces deux questions.

#### 1. La notion de «forum public» et son intégration aux règles et fardeaux imposés par la Charte

Telle que développée par les tribunaux américains au fil des décisions, la notion de «forum public» désigne d’abord et avant tout une réalité sociale en vertu de laquelle certains endroits, dont le gouvernement est propriétaire, constituent une plate-forme propice à la dissémination d’idées. Le professeur Harry Kalven, Jr. dans un article intitulé «The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, aux pp. 11 et 12, résumait ainsi la définition du vocable «*public forum*»:

[TRADUCTION] ... dans une société ouverte et démocratique les rues, les parcs et d’autres endroits publics sont des lieux importants pour la discussion publique et pour le processus politique. Ils constituent en somme un forum public que le citoyen peut réquisitionner; la générosité et la compréhension avec lesquelles ces lieux sont mis à la disposition des citoyens sont un indice de liberté.

La notion de «forum public» apparaît comme une «étiquette» apposée par les tribunaux américains à certains endroits qui, de par leur nature, constituent un lieu favorable à l’expression. En qualifiant ainsi certains lieux de «forums publics», ces tribunaux américains ont en fait taillé une entorse à l’absolutisme du droit de propriété gouvernemental afin de conclure que le premier amendement de la Constitution américaine accorde à celui ou celle désirant s’ex-



freedom of expression the right to use a parcel of the public domain so identified for purposes of expression (see *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16, *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), at p. 45).

In *Perry Education Association*, the United States Supreme Court divided government properties into three distinct categories: (1) "traditional public forums", (2) "public forums by designation" and (3) forums which are not public. According to this nomenclature, the category within which a government property falls will determine the scope of the limitations which may be imposed on expression taking place on the property:

The first, traditional public forum, comprises streets and parks. Restrictions on access to these properties come under strict judicial scrutiny. If the restrictions are not narrowly tailored to serve a compelling state interest, they are unconstitutional. The second, public forum by designation, encompasses those public properties that the state has dedicated primarily as sites for communicative activity. These include auditoriums, meeting facilities and theaters. Second category properties enjoy the same strict scrutiny protection as properties in the first category.

The third category is defined as "property which is not by tradition or designation a forum for public communication."

(P. Jakab, "Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property" (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545, at p. 549).

Two observations should be made regarding the classification exercise undertaken by our neighbours to the south. First, I note that the "public forum" doctrine has been severely criticized by various American professors who, in general, reproach this doctrine for not offering specific functional criteria that can be used to characterize a particular place (see Jakab, *op. cit.*; and Dienes, "The Trashing of the Public Forum:

primer le droit d'utiliser une parcelle ainsi identifiée du domaine public pour des fins d'expression (voir *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516, *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), à la p. 45).

Dans la cause de *Perry Education Association*, la Cour suprême des États-Unis a scindé l'ensemble des propriétés gouvernementales en trois catégories distinctes, soit: 1) les «forums publics traditionnels», 2) les forums publics par désignation et 3) les forums qui ne sont pas publics. Selon cette nomenclature, la catégorie dans laquelle tombe une propriété du gouvernement dictera l'étendue des restrictions à la liberté d'expression pouvant être imposées sur celle-ci:

[TRADUCTION] La première catégorie, celle du forum public traditionnel, comprend les rues et les parcs. Les tribunaux soumettent à un examen minutieux toute restriction de l'accès à ces endroits. S'il ne s'agit pas de restrictions de portée étroite destinées à servir un intérêt impérieux de l'État, celles-ci sont frappées d'inconstitutionnalité. La deuxième catégorie, celle du forum public par désignation, englobe les biens-fonds publics que l'État a désigné principalement comme lieux affectés à des activités de communication. Parmi ceux-ci figurent les auditoriums, les lieux de réunion et les salles de spectacles. Les lieux entrant dans cette deuxième catégorie bénéficient au même titre que ceux de la première catégorie de la protection d'un examen minutieux.

La troisième catégorie est définie comme celle des «lieux qui ne constituent ni par tradition ni par désignation un forum pour la communication publique.»

(P. Jakab, «Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property» (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545, à la p. 549).

Relativement à l'exercice de catégorisation auquel se sont adonnés nos voisins du sud, deux remarques s'imposent. Premièrement, je note que la doctrine du «forum public» fait l'objet de critiques sévères de la part de divers professeurs américains qui, de façon générale, reprochent à cette doctrine de ne pas offrir de critères fonctionnels précis servant à la qualification d'un lieu précis (voir Jakab, *loc. cit.*; et Dienes,

Problems in First Amendment Analysis” (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109).

Second, in considering the application of this American doctrine in Canadian law, I feel it is essential to note the fundamental differences between the American Constitution and the *Charter*. The American *Bill of Rights* contains no clause similar to s. 1 of our *Charter*, which provides for the consideration of justifications which may be given by the government to limit a citizen’s constitutional rights. To this extent, the characterization of a place as a “public forum” in the United States does not end the matter, since it will then be necessary, under our Constitution, to determine whether the governmental interests are sufficiently compelling to justify an infringement of freedom of expression that would otherwise be unconstitutional.

Additionally, the characterization of a place as a “public forum” cannot mean that every form of expression is therefore permissible in such a place. For example, there are certain forms of expression which could not be permitted even in a public park. To this extent, undoubtedly, the public forum doctrine can be criticized for over-emphasizing the nature of the place at the expense of the real interests involved.

These fundamental considerations lead me to conclude that, in the Canadian legal context, it would be preferable to disregard the nominalistic approach developed by the American courts and instead to balance the interests underlying the public forum doctrine. The American experience shows that the “public forum” concept actually results from an attempt to strike a balance between the interests of the individual and the interests of the government. As there is no provision similar to s. 1 of our *Charter*, the American “public forum” doctrine is the result of the reconciliation of the individual’s interest in expressing himself in a place which is itself highly propitious to such expression and of the government’s interest in being able to manage effectively the premises that it owns. For example, parks and public roads which have earned the “public forum” classification are in fact places whose functions will generally not be

«The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109).

Deuxièmement, en considérant l’application de cette doctrine américaine en droit canadien, il me paraît essentiel de noter les différences fondamentales qui distinguent la Constitution américaine de la *Charte*. En effet, le *Bill of Rights* américain ne comporte pas de clause similaire à l’article premier de notre *Charte*, permettant la considération des justifications pouvant être apportées par le gouvernement lorsque celui-ci restreint les droits constitutionnels d’un citoyen. Dans cette mesure, la qualification aux États-Unis d’un endroit de «*public forum*» ne met pas fin au litige puisqu’il faut, dans une étape ultérieure évaluer si les intérêts gouvernementaux sont suffisamment importants («*compelling*») afin de justifier une atteinte à la liberté d’expression qui serait autrement inconstitutionnelle.

Par ailleurs, la qualification de «forum public» d’un lieu ne peut signifier que de ce fait toute expression devient alors permise dans un tel lieu. Par exemple, il existe certaines formes d’expression qui, même dans un parc public, ne sauraient être permises. Dans cette mesure, l’on peut sans doute reprocher à la doctrine du forum public de placer trop d’emphase sur la nature du lieu au détriment des véritables intérêts qui sont en cause.

Ces considérations fondamentales me portent à conclure qu’il serait préférable, dans le contexte juridique canadien, de passer outre à l’approche nominaliste développée par les cours américaines afin de se prêter au balancement des intérêts qui sous-tendent la doctrine du forum public. En effet, l’expérience américaine démontre que la notion de «*public forum*» résulte en fait d’une recherche d’équilibre entre les intérêts de l’individu et ceux du gouvernement. En l’absence d’une disposition similaire à l’article premier de notre *Charte*, la doctrine américaine du «forum public» représente le résultat de la conciliation de l’intérêt qu’a l’individu de s’exprimer sur un endroit propice à l’expression et celui du gouvernement de pouvoir gérer efficacement les lieux dont il détient le titre de propriété. Par exemple, les parcs et les voies publiques qui ont mérité le qualificatif de «forum public» sont en fait des endroits qui ne seront

interfered with by the exercise of freedom of expression. In an article titled "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, at p. 341, Prof. Richard Moon says the following in this regard:

While the courts purport to attach the categorical labels, public forum and non-public forum, as a formal threshold matter, it appears that, beneath it all, the determination that a particular state-owned property is a public forum involves a judgment that public access for communication is reasonably consistent with the state use of the property. Access is required if it can be reasonably accommodated by the state. The focus of judicial analysis shifts from the categories of public and non-public forum to a balancing of the state's interest in excluding communication from its property against the importance of communicative access to a particular individual or group. [Emphasis added.]

I agree completely with this assessment of the principles underlying the "public forum" doctrine. For this reason, I am of the view that when a person claims that his freedom of expression was infringed while he was trying to express himself in a place owned by the government, the legal analysis must involve examining the interests at issue, namely the interest of the individual wishing to express himself in a place suitable for such expression and that of the government in effective operation of the place owned by it. I will examine these interests in turn.

a. *Interest of the Individual Wishing to Express Himself*

The interest an individual wishing to express himself has in using a parcel of the public domain can quite easily be explained. Unquestionably, the dissemination of an idea is most effective when there are a large number of listeners; the economic and social structure of our society is such that the largest number of individuals, or potential listeners, is often to be found in places that are state property. One thinks immediately of parks or public roads which, by their very nature, are suitable locations for a person wishing to communicate an idea.

généralement pas importunés dans l'exécution de leurs fonctions par l'exercice de la liberté d'expression. Le professeur Richard Moon, dans un article intitulé «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, à la p. 341, s'exprime ainsi à ce sujet:

[TRADUCTION] Bien que les tribunaux commencent apparemment leurs analyses en rangeant les forums dans la catégorie de public ou de non public, il semble qu'au fond la détermination qu'une propriété d'État particulière constitue un forum public suppose une conclusion que l'accès public à des fins de communication est raisonnablement compatible avec l'usage que fait l'État de cette propriété. L'accès doit être accordé si l'État peut raisonnablement le faire. L'analyse judiciaire porte donc non plus sur les catégories de forum public et de forum non public mais sur l'appréciation de l'intérêt qu'a l'État à empêcher la communication dans sa propriété, en fonction de l'importance que revêt pour un individu ou un groupe donné l'accès aux fins de communication. [Je souligne.]

Je partage entièrement cette appréciation des principes sous-jacents à la doctrine du «forum public». C'est pourquoi, lorsqu'une personne invoque que sa liberté d'expression a été violée alors que celle-ci tentait de s'exprimer en un lieu dont le gouvernement est propriétaire, je suis d'avis qu'il faut entreprendre l'analyse juridique en examinant les intérêts en cause, soit l'intérêt de l'individu désirant s'exprimer en un lieu favorable à l'expression et celui du gouvernement au bon fonctionnement du lieu dont il est propriétaire. J'examinerai ces intérêts tour à tour.

a. *L'intérêt de l'individu désirant s'exprimer*

L'intérêt qu'a l'individu désirant s'exprimer de faire usage d'une parcelle du domaine public s'explique de façon assez simple. En effet, il est indubitable que la dissémination d'une idée soit la plus efficace lorsqu'elle jouit d'un nombre important d'interlocuteurs; or, la structure économique et sociale de notre société fait en sorte que le plus grand nombre d'individus, c.-à-d., d'interlocuteurs potentiels, se trouve souvent en des lieux qui relèvent de la propriété de l'État. À cet effet, l'on pense immédiatement aux parcs ou aux voies publiques qui, de par leur nature, constituent un site propice pour celui désirant véhiculer une idée.

Accordingly, it must be understood that the individual has an interest in communicating his ideas in a place which, because of the presence of listeners, will favour the effective dissemination of what he has to say. Certain places owned by the state are well suited for such purposes; it has to be borne in mind, however, that all government property is used for specific purposes which must be respected by any person seeking to communicate. This is the essence of the government interest.

*b. Government Interest*

In considering the government interest, I would note at the outset that this should not be confused, strictly speaking, with the ownership held by the government. An analysis of the public status of a place cannot be based on the premise suggested by the appellant that the owner has unlimited rights over his property. Pratte J., dissenting on appeal, articulated this position in the following way ([1987] 2 F.C. 68, at p. 74):

The government has the same rights as any owner with respect to its property. Its ownership right, therefore, is exclusive like that of any individual.

In my opinion, this analytical approach contains inherent dangers. First, it ignores the special nature of government property. The very nature of the relationship existing between citizens and the elected government provides that the latter will own places for the citizens' benefit and use, unlike a private owner who benefits personally from the places he owns. The "quasi-fiduciary" nature of the government's right of ownership was indeed clearly set out by the U.S. Supreme Court in *Hague v. Committee for Industrial Organization*, *supra*, at pp. 515-16:

Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of

Il faut donc comprendre que l'individu a intérêt à transmettre ses idées en un lieu qui, de par la présence d'interlocuteurs, favorisera la dissémination efficace de ses propos. Certains lieux dont l'État est propriétaire sont propices à de telles fins; mais il est nécessaire de considérer que toutes ses propriétés servent des fonctions précises qui devront être respectées par celui désirant s'exprimer; c'est là l'essence de l'intérêt gouvernemental.

*b. L'intérêt gouvernemental*

Quant à l'intérêt gouvernemental, je souligne d'entrée que celui-ci ne peut être confondu, à proprement parler avec le titre de propriété que détient le gouvernement. L'on ne peut entreprendre l'analyse du statut public d'un lieu en tenant pour acquis la prémisse que nous suggère l'appelante, selon laquelle le propriétaire jouit de droits illimités sur l'endroit faisant l'objet de son droit de propriété. Le juge Pratte, dissident en appel, a articulé cette position dans les termes suivants ([1987] 2 C.F. 68, à la p. 74):

Le gouvernement possède, à l'égard de ses biens, les mêmes droits que tout propriétaire. Son droit de propriété est donc exclusif comme celui des individus.

Ce schème d'analyse présente, à mon avis, des dangers inhérents. D'une part, il fait abstraction de la nature particulière de la propriété gouvernementale. En effet, il relève de la nature même de la relation qui existe entre les citoyens et le gouvernement élu que ce dernier possède des endroits au bénéfice et pour l'usage des citoyens, contrairement au propriétaire privé qui profite en son propre intérêt des lieux dont il est propriétaire. La nature «quasi-fiduciaire» du droit de propriété gouvernemental fut d'ailleurs clairement énoncée par la Cour suprême américaine dans la cause *Hague v. Committee for Industrial Organization*, précitée, aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public. Depuis les temps anciens, cette utilisation des rues et des lieux publics fait partie des privilèges, des immunités, des droits et des libertés

views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied.

I note that in the case at bar Hugessen J.A. eloquently summarized this position, at p. 77:

As regards the government's right of ownership of the airport terminal, in my opinion it can never be made the sole justification for an infringement of the fundamental freedom of a subject. The government is not in the same position as a private owner in this respect, as it owns its property not for its own benefit but for that of the citizen. Clearly the government has a right, even an obligation, to devote certain property for certain purposes and to manage "its" property for the public good. The exercise of this right and the performance of this obligation may, depending on the circumstances, legitimize the imposition of certain limitations on fundamental freedoms. Of course the government may limit public access to certain places; of course it may also act to maintain law and order; but it cannot make its ownership right a justification for action the only purpose and effect of which is to impede the exercise of a fundamental freedom.

Second, an absolutist approach to the right of ownership fails to take into account that the freedom of expression cannot be exercised in a vacuum and that it necessarily implies the use of physical space in order to meet its underlying objectives. No one could agree that the exercise of the freedom of expression can be limited solely to places owned by the person wishing to communicate: such an approach would certainly deny the very foundation of the freedom of expression. I therefore conclude that, as a consequence of its special nature, the government's right of ownership cannot of itself authorize an infringement of the freedom guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

This having been said, it must be understood, since the government administers its properties for the benefit of the citizens as a whole, that it is the citizens

des citoyens. Le droit qu'a un citoyen des États-Unis de se servir des rues et des parcs aux fins de communiquer ses points de vue sur des questions nationales peut être réglementé dans l'intérêt collectif; il s'agit d'un droit non pas absolu mais relatif dont l'exercice doit être subordonné à la convenance et à l'agrément généraux et être en harmonie avec la paix et l'ordre. Il ne doit toutefois pas sous le couvert d'une réglementation être restreint ou supprimé.

Je note que dans la présente cause, le juge Hugessen a fort éloquemment résumé cette position, à la p. 77:

En ce qui concerne le droit de propriété du gouvernement à l'aéroport, je suis d'avis qu'il ne peut jamais être invoqué à lui seul pour justifier une atteinte à la liberté fondamentale du sujet. Le gouvernement n'est pas dans la même position qu'un propriétaire privé à cet égard car il possède ses biens non pas pour son propre bénéfice mais pour celui du citoyen. Il est évident que le gouvernement a le droit, et même l'obligation, de destiner certains biens à certaines fins et de gérer «sa» propriété pour le bien public. L'exercice de ce droit et l'accomplissement de cette obligation peuvent, selon les circonstances, légitimer l'imposition de certaines restrictions aux libertés fondamentales. Bien sûr le gouvernement peut-il restreindre l'accès du public à certains endroits; bien sûr peut-il également agir pour assurer la paix et le bon ordre; mais il ne peut pas invoquer son droit de propriété pour justifier un geste dont le seul but et l'unique effet est d'entraver l'exercice d'une liberté fondamentale.

D'autre part, une approche absolutiste du droit de propriété omet de constater que la liberté d'expression ne peut être exercée dans un vacuum et qu'elle implique nécessairement l'utilisation d'un espace physique afin de rencontrer les objectifs qui la sous-tendent. Or, d'aucuns conviendront que l'on ne peut restreindre l'exercice de la liberté d'expression aux seuls lieux sur lesquels la personne désirant s'exprimer possède un titre de propriété; une telle approche nierait sans contredit les fondements mêmes de la liberté d'expression. J'en conclus donc que le droit de propriété du gouvernement, en raison de la nature toute particulière de celui-ci, ne peut, à lui seul, permettre la violation de la liberté garantie sous l'al. 2b) de la *Charte*.

Ceci étant dit, puisque le gouvernement administre ses propriétés pour le bénéfice de la masse des citoyens, il faut comprendre que ce sont d'abord et

above all who have an interest in seeing that the properties are administered and operated in a manner consistent with their intended purpose. In this regard reference may be made to the passages already cited from *Hague v. Committee for Industrial Organization*, *supra*, and the reasons of Hugessen J.A., on appeal in the case at bar. In practical terms, it is easy to see that the citizens as a whole benefit from the services offered by Canada Post or by employment centres managed by the state. The state is accordingly responsible for ensuring that such places serve the specific purposes and functions for which they were intended. The fundamental government interest, and by the same token that of the citizens as a whole, is thus to ensure that the services or undertakings offered by various levels of government are operated effectively and in accordance with their intended purpose.

*c. Balancing These Poles of Interest Under s. 2(b) of the Charter*

Having reviewed the interests at issue, I come to the conclusion that s. 2(b) of the *Charter* cannot be interpreted so as to consider only the interests of the person wishing to communicate. As the Attorney General for Ontario properly points out, s. 2(b) of the *Charter* does not protect "expression" itself, but freedom of expression. In my opinion, the "freedom" which an individual may have to communicate in a place owned by the government must necessarily be circumscribed by the interests of the latter and of the citizens as a whole: the individual will only be free to communicate in a place owned by the state if the form of expression he uses is compatible with the principal function or intended purpose of that place.

The interest which any person may have in communicating in a place suited for the purpose cannot have the effect of depriving the citizens as a whole of the effective operation of government services and undertakings. Even before any attempt was made to use them for purposes of expression, such places were intended by the state to perform specific social functions. A person who is in a public place for the purpose of expressing himself must respect the functions of the place and cannot in any way invoke his or her freedom of expression so as to interfere with

avant tout ceux-ci qui ont intérêt à ce que celles-là soient administrées et opérées de façon conforme à leur destination. À cet effet, l'on peut se référer aux passages déjà cités, tirés de la cause de *Hague v. Committee for Industrial Organization*, précitée, et des motifs du juge Hugessen, en appel dans la présente cause. En termes pratiques, il est facile de voir que l'ensemble des citoyens bénéficient des services offerts par Postes Canada ou encore par les centres d'emploi gérés par l'État. Ce dernier est ainsi chargé d'assurer que de tels endroits desservent les buts et fonctions précis auxquels ils sont destinés. L'intérêt gouvernemental fondamental, et du même fait celui de la masse des citoyens, est donc d'assurer que les services ou entreprises offerts par les divers paliers de gouvernement, soient opérés de façon efficace et conformément à leur destination.

*c. Balancement de ces pôles d'intérêt sous l'al. 2b) de la Charte*

Ayant exposé les intérêts en cause, j'en arrive à la conclusion que l'al. 2b) de la *Charte* ne peut être interprété de façon à ne considérer que les intérêts de celui ou celle désirant s'exprimer. Comme le souligne avec justesse le procureur général de l'Ontario, l'al. 2b) de la *Charte* ne protège pas «l'expression» elle-même mais bien la liberté d'expression. Selon moi, la «liberté» que peut avoir un individu de s'exprimer en un lieu dont le gouvernement est propriétaire doit nécessairement être balisée par les intérêts de celui-ci et de la masse des citoyens; l'individu ne sera libre de s'exprimer en un lieu dont l'État est propriétaire que si la forme d'expression qu'il emploie est compatible avec la fonction ou destination principale dudit lieu.

En effet, l'intérêt que peut avoir qui que ce soit de s'exprimer en un lieu propice à cette fin ne peut avoir pour conséquence de priver l'ensemble des citoyens de l'opération efficace des services et entreprises gouvernementaux. De tels endroits, avant même que l'on ne tente de les emprunter pour des fins d'expression, ont été destinés par l'État à remplir des fonctions sociales précises. Celui ou celle se trouvant en un endroit public dans le but de s'y exprimer doit respecter les fonctions de l'endroit et ne peut d'aucune façon brandir l'étendard de la liberté d'expression

those functions. For example, no one would suggest that an individual could, under the aegis of freedom of expression, shout a political message of some kind in the Library of Parliament or any other library. This form of expression in such a context would be incompatible with the fundamental purpose of the place, which essentially requires silence. When an individual undertakes to communicate in a public place, he or she must consider the function which that place must fulfil and adjust his or her means of communicating so that the expression is not an impediment to that function. To refer again to the example of a library, it is likely that wearing a T-shirt bearing a political message would be a form of expression consistent with the intended purpose of such a place.

The fact that one's freedom of expression is intrinsically limited by the function of a public place is an application of the general rule that one's rights are always circumscribed by the rights of others. In the context of expressing oneself in places owned by the state, it can be said that, under s. 2(b), the freedom of expression is circumscribed at least by the very function of the place.

Seen from another standpoint, this discussion also accords with the observations made by this Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. In this case, this Court held that certain forms of expression did not enjoy the protection of s. 2(b) (at p. 970):

While the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. [Emphasis in original.]

In my view, if the expression takes a form that contravenes or is inconsistent with the function of the place where the attempt to communicate is made, such a form of expression must be considered to fall outside the sphere of s. 2(b). For example, if a person tried to picket in the middle of a busy highway or to set up barricades on a bridge, it might well be concluded that such a form of expression in such a place is incompatible with the principal function of the

afin d'entraver celles-ci. Personne ne saurait prétendre, par exemple, qu'un individu peut, sous l'égide de la liberté d'expression, se mettre à crier un message politique quelconque dans la bibliothèque du Parlement ou dans toute autre bibliothèque. Cette forme d'expression, dans un tel contexte, serait incompatible à la destination fondamentale du lieu qui comprend des normes de silence essentielles. Lorsqu'un individu entreprend de s'exprimer en un lieu public, il ou elle devra considérer la fonction que doit remplir ce lieu et ajuster son tir afin que son expression ne constitue pas une embûche à cette fonction. Toujours dans l'exemple de la bibliothèque, l'on peut imaginer que le port d'un «t-shirt» arborant un message politique serait sans doute une forme d'expression conforme à la destination d'un tel endroit.

Le fait que la liberté d'expression soit intrinsèquement limitée par la fonction d'un endroit public est une application de la règle générale selon laquelle les droits des uns sont toujours délimités par les droits des autres. Dans le contexte de l'expression en des lieux dont l'État est propriétaire, on dira que sous l'al. 2b), la liberté de s'exprimer est tout au moins délimitée par la fonction même du lieu.

Vue sous un autre angle, cette discussion s'intègre aussi aux propos entretenus par cette Cour dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Dans cette cause, cette Cour a affirmé que certaines formes d'expression ne bénéficient pas de la protection de l'al. 2b) (à la p. 970):

Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. [Souligné dans l'original.]

Selon moi, il faut considérer que si l'expression adopte une forme qui contrevient ou est incompatible avec la fonction de l'endroit où l'on tente de s'exprimer, une telle forme d'expression ne tombe pas sous le coup de l'al. 2b). Par exemple, si une personne tentait de faire du piquetage en plein cœur d'une autoroute achalandée ou encore d'ériger des barricades sur un pont, d'aucuns concluraient qu'une telle forme d'expression, en un tel endroit, est incompatible avec

place, which is to provide for the smooth flow of automobile traffic. In such a case, it could not be concluded that freedom of expression had been restricted if a government representative obliged the picketer to express himself elsewhere.

Accordingly, it is only after the complainant has proved that his form of expression is compatible with the function of the place that the justifications which may be put forward under s. 1 of the *Charter* can be analysed. While the state's main interest is to ensure the effective operation of its property, that is not its only concern; there is, for example, the maintenance of law and order, which is another government objective that might justify certain limitations on s. 2(b). For example, the person presiding over a municipal assembly will generally be justified in limiting the time each member has to speak in order to allow everyone a chance to speak in an orderly manner. In my opinion, such a concern comes under s. 1 of the *Charter*, as do many others.

*d. Application of the Foregoing Principles to the Facts of This Case*

It will be recalled that, in the case at bar, the respondents went to the Montréal airport in Dorval to discuss the Committee's aims and objectives with members of the public. As my colleague properly noted, there seems to be no doubt that by their actions the respondents conveyed or tried to convey an idea or message of an expressive nature. In short, the primary purpose of the respondents' visit to Dorval airport was to inform people on the premises of the existence of the Committee for the Commonwealth of Canada, and the ideology promoted by it. It thus only remains to determine whether the form of expression used by the respondents is compatible with the performance of the airport's essential function.

In my view, the distribution of pamphlets and discussion with certain members of the public are in no way incompatible with the airport's primary function, that of accommodating the needs of the travelling public. An airport is in many ways a thoroughfare, which in its open areas or waiting areas can accom-

la fonction principale de ce lieu qui est d'assurer le mouvement efficace des automobilistes. Dans un tel cas, l'on ne pourrait conclure qu'il y a eu restriction à la liberté d'expression si un agent du gouvernement forçait le piqueteur à s'exprimer ailleurs.

C'est donc seulement une fois que le plaignant aura prouvé que la forme d'expression qu'il a utilisée est compatible avec la fonction de l'endroit que l'on procédera à l'analyse des justifications pouvant être apportées sous l'article premier de la *Charte*. En effet, si l'intérêt principal de l'État est d'assurer le fonctionnement efficace de ses propriétés, ce n'est pas là pour autant sa seule préoccupation; l'on peut penser, par exemple au maintien de l'ordre qui constitue un autre objectif gouvernemental qui pourrait justifier certaines restrictions à l'al. 2b). Par exemple, le président d'une assemblée municipale sera généralement justifié de restreindre le temps de parole de chacun afin de favoriser l'expression de tous et le bon ordre. Une telle préoccupation, et de nombreuses autres, relèvent selon moi de l'article premier de la *Charte*.

*d. Application des principes ci-haut mentionnés aux faits en cause*

En l'espèce, je le rappelle, les intimés s'étaient rendus à l'aéroport de Montréal à Dorval afin de partager et discuter avec les membres du public des buts et objectifs du Comité. Comme le note avec justesse ma collègue, il semble incontournable que les intimés aient, de par leurs agissements, transmis ou tenté de transmettre une idée ou un message arborant un caractère expressif. Somme toute, le but premier de la visite des intimés à l'aéroport de Dorval était d'informer le public disponible sur les lieux de l'existence du Comité pour la République du Canada et de l'idéologie prônée par celui-ci. Ainsi, il ne reste qu'à déterminer si la forme d'expression employée par les intimés est compatible avec la fonction essentielle de l'aéroport.

À mon avis, la distribution de dépliants et la discussion avec certains membres du public ne sont d'aucune façon incompatibles avec la fonction principale de l'aéroport, c.-à-d., accommoder les besoins du public voyageur. À plusieurs égards, un aéroport est un endroit de passage qui, dans ses aires libres ou



moderate expression without the effectiveness or function of the place being in any way threatened. Thus, the very nature of the premises, the presence of a large and varied audience, meant that the respondents' freedom of expression could be exercised without interfering with the operation of the airport. For this reason, I am of the view that there was a limitation on the freedom of expression enjoyed by the respondents when the airport manager ordered them to cease their activities. I therefore conclude that the respondents were "free" to express themselves in this manner at the Dorval airport.

The question remains of whether this limitation on the freedom of expression can subsequently be the subject of an analysis under s. 1 of the *Charter*. As I mentioned at the outset of these reasons, I am of the view that s. 7 of the Regulations does not apply in the case at bar. I therefore conclude *ipso facto* that we are not dealing here with a "law" that can be the subject of the s. 1 test. I will now set out the reasons for this conclusion.

## 2. Section 7 of the Regulations and its Relevance to the Case at Bar

The appellant argues that the wording of s. 7 of the Regulations is wide enough to embrace political propaganda. Both Dubé J. at trial and the majority on appeal (MacGuigan and Hugessen J.J.A.) concluded that s. 7(b) of the Regulations applies only to commercial rather than purely political activities and that accordingly the respondents' conduct did not fall within the scope of this provision. Pratte J.A., dissenting, concluded that s. 7(b) did not apply only to commercial activities and that the respondents' political propaganda was covered by the said paragraph. Section 7 reads as follows:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(a) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(b) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; or

ses aires d'attente peut accommoder l'expression sans que l'efficacité ou la fonction du lieu ne soit de quelque façon menacée. Ainsi, la nature même des lieux, la présence d'interlocuteurs nombreux et variés fait en sorte que l'expression des intimés y était propice sans toutefois qu'elle importune le fonctionnement de l'aéroport. Pour cette raison, je suis d'avis qu'il y a eu restriction de la liberté d'expression dont jouissent les intimés lorsque le directeur de l'aéroport leur a ordonné de cesser leurs activités. À prime abord, j'en conclus donc que les intimés étaient «libres» de s'exprimer dans cette forme à l'aéroport de Dorval.

Reste maintenant la question de savoir si cette restriction à la liberté d'expression peut subséquemment faire l'objet d'une analyse sous l'article premier de la *Charte*. Tel que je l'ai déjà mentionné au tout début des présents motifs, je suis d'avis que l'art. 7 du Règlement ne trouve pas application en l'espèce. J'en conclus donc *ipso facto* que nous ne sommes pas en présence d'une «règle de droit» pouvant faire l'objet du test de l'article premier. Je développerai maintenant les motifs fondant cette conclusion.

## 2. L'article 7 du Règlement et sa pertinence en l'espèce

L'appelante prétend que le libellé de l'art. 7 du Règlement est suffisamment large pour englober la propagande politique. Tant le juge Dubé en première instance que les juges majoritaires en appel (MacGuigan et Hugessen) ont conclu que l'al. 7b) du Règlement ne s'applique qu'à des activités plutôt commerciales que purement politiques et que de ce fait, le comportement des intimés ne tombait pas sous le coup de cette disposition. Pour sa part, le juge Pratte, dissident, a conclu que l'al. 7b) ne visait pas que des activités commerciales et que la propagande politique des intimés était visée par ledit alinéa. L'article 7 se lit comme suit:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; ou

(c) fix, install or place anything at an airport for the purpose of any business or undertaking.

In my opinion, this question must be answered by applying the rules of statutory interpretation, and in particular by considering the exact meaning of the language of s. 7 and the legislative context in which the latter is placed.

The appellant's argument that the wording of para. (a) of the foregoing section is broad enough to embrace the political propaganda offered by the respondents must be dismissed. First, there is no doubt that the respondents' actions were not strictly speaking an "undertaking". Second, although the expression "business . . . commercial or otherwise" is theoretically wide enough to cover the dissemination of political ideas, I am, as a matter of logic, convinced that the legislature did not intend to give this language such a wide scope. The words "business . . . otherwise" would on that basis be wide enough to encompass virtually any "business" of any nature whatever. Indeed, I do not believe that the legislature intended to make the Minister's authorization necessary for every "business" occurring within an airport. Such a result would be absurd. Despite the broad language of this provision, I conclude from it that para. (a) of s. 7 of the Regulations prohibits businesses or undertakings of a commercial nature, and that the qualifier "or otherwise" cannot extend the scope of this paragraph so as to make it apply to the actions of the respondents in the case at bar.

The French version of para. (b) of s. 7 contains two functional terms which, in the appellant's submission, cover political propaganda: "*publicité*" and "*sollicitation*". The *Petit Robert* dictionary indicates that the word "*publicité*" may have one of the following two meanings: [TRANSLATION] "What is public, is not kept secret. The act or art of creating a psychological effect in the public mind for commercial purposes". As this definition indicates, the word "*publicité*" may be understood in the wide sense, that of "making public", or in the strict and undoubtedly more modern sense of promoting a product or idea for commercial purposes. In my view, the ordinary meaning of this word in present-day society is more adequately reflected in the commercial connotation

c) fixer, installer ou placer quoi que ce soit dans un aéroport aux fins d'une activité ou entreprise.

Selon moi, cette question doit être résolue par l'application de principes d'interprétation des lois et plus précisément en examinant la portée exacte des termes de l'art. 7 et le contexte législatif dans lequel sont placés ces derniers.

L'argument de l'appelante selon lequel le libellé de l'al. a) de l'article ci-haut mentionné est suffisamment large afin d'englober la propagande politique proférée par les intimés doit être rejeté. D'une part, il est indéniable que les agissements des intimés ne constituaient pas une «entreprise» à proprement parler. D'autre part, bien que l'expression «activité [. . .] commerciale ou autre» soit théoriquement assez large pour couvrir la dissémination d'idées politiques, en toute logique, je suis convaincu que le législateur n'a pas voulu donner à ces termes une portée aussi englobante. Les termes «activité [. . .] autre» serait dans cette mesure suffisamment vastes pour que tombe sous leur coup virtuellement toute «activité» de quelque nature que ce soit. Certes, je ne crois pas que le législateur ait voulu soumettre à l'autorisation du Ministre toute activité se déroulant au sein d'un aéroport, un tel résultat serait absurde. Malgré le langage ouvert de cette disposition, j'en conclus que l'al. a) de l'art. 7 du Règlement prohibe des activités ou entreprises de nature commerciale et que le qualificatif «ou autre» ne peut étendre la portée de cet alinéa de façon à ce qu'il trouve application aux agissements des intimés en l'espèce.

L'alinéa b) de l'art. 7 présente deux termes fonctionnels qui, selon l'appelante, englobent la propagande politique: soit «publicité» et «sollicitation». Quant au terme «publicité», le dictionnaire *Petit Robert* nous enseigne qu'il peut revêtir l'un des deux sens suivants: «Caractère de ce qui est public, n'est pas tenu secret. Le fait, l'art d'exercer une action psychologique sur le public à des fins commerciales». Le terme «publicité», comme le démontre cette définition peut être entendu au sens large, c.-à-d., «rendre public» ou au sens strict et sans doute plus moderne d'afficher un produit ou une idée à des fins commerciales. À mon avis, la signification ordinaire de ce terme dans notre société actuelle est plus adéquatement reflétée par la connotation commerciale du mot

of the word “*publicité*”. It is not surprising to find in the English version of the Regulations the word “advertise”, which expresses even more clearly the legislature’s intent regarding the commercial aspect of “*publicité*”. I therefore conclude that the respondents’ actions did not constitute “*publicité*” within the meaning intended by s. 7(b). The meaning of the term “*solicitation*”, however, remains.

The word “*soliciter*”, or “*solicit*”, is defined as follows in the particular dictionaries:

*Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases*: “*Solicit*” means “asks for” or “seeks” (*Re A Solicitor*, [1945] K.B. 368).

*Concise Oxford Dictionary*: *solicit*: invite, make appeals or requests to, importune, ask importunately or earnestly for.

*Petit Robert*: Inciter (qqn) de façon pressante et continue, de manière à entraîner; . . . V. *Quémander* . . . V. *Postuler*.

In light of these few definitions, it can be seen that the word “*solicitation*” necessarily implies a request or invitation. It in fact refers to conduct for the purpose of inciting someone to do something, characterized by some pressing request, commercial or otherwise, in nature. In the case at bar, I find it difficult to see in the facts admitted by the parties any such inciting conduct by the respondents. The following facts, contained in the respondents’ statement of claim and providing the basis for this appeal, were admitted:

[TRANSLATION] On Thursday, March 22, 1984, between 10:00 and 11:00 a.m., the plaintiffs François Lépine and Christiane Deland went to the Montréal International Airport terminal at Dorval to communicate to members of the public at that place, and discuss with them, the aims and objectives of the Committee, their opinions on current affairs, the Canadian Constitution proposed and promoted by the Committee and publications of a political nature distributed by the Committee . . .

These facts alone lead me to conclude that the mere fact of engaging in a discussion about a political ideology or of distributing political pamphlets to members of the public is not strictly speaking “*soliciting*” within the meaning of s. 7(b) of the Regulations. Furthermore, even assuming for purposes of

«*publicité*». Il n’est d’ailleurs pas surprenant de trouver à la version anglaise du Règlement le mot «*advertise*» qui exprime encore plus clairement l’intention du législateur relativement à l’aspect commercial de la publicité. Je conclus donc que les agissements des intimés ne constituaient pas de la «*publicité*» au sens où l’entend l’al. 7b). Reste cependant la «*solicitation*».

Le terme «*soliciter*» ou «*solicit*» est ainsi défini dans divers dictionnaires:

*Stroud’s Judicial Dictionary of Words and Phrases*: «*Solicit*» means «asks for» or «seeks» (*Re A Solicitor*, [1945] K.B. 368).

*Concise Oxford Dictionary*: *solicit*: invite, make appeals or requests to, importune, ask importunately or earnestly for.

*Petit Robert*: Inciter (qqn) de façon pressante et continue, de manière à entraîner; [. . .] V. *Quémander* [. . .] V. *Postuler*.

À la lumière de ces quelques définitions, l’on comprend que le terme «*solicitation*» implique nécessairement une demande ou une invitation. Il s’agit en fait d’un comportement de nature incitative qui se caractérise par une postulation quelconque, de nature commerciale ou autre. En l’espèce, j’ai peine à voir dans les faits admis par les parties un tel comportement incitatif de la part des intimés. Les faits suivants, contenus à la déclaration des intimés et sous-tendant le présent pourvoi, ont en effet été admis:

Jeudi le 22 mars 1984 entre 10:00 hrs et 11:00 hrs du matin, vos demandeurs François Lépine et Christiane Deland se sont présentés à la salle d’attente de l’aéroport [*sic*] international de Montréal à Dorval afin de partager et discuter avec les membres du public qui s’y trouvaient, les buts et objectifs du Comité, leurs opinions sur des sujets d’actualité, la constitution canadienne proposée et promue par le Comité ainsi que des publications de nature politique distribuées par le Comité . . .

Ces seuls faits me portent à conclure que le seul fait d’engager une discussion au sujet d’une idéologie politique ou encore de distribuer des tracts politiques avec des membres du public ne constitue pas, à proprement parler, de la «*solicitation*» au sens de l’al. 7b) du Règlement. Qui plus est, même en tenant pour

argument that the political propaganda offered by the respondents constitutes “soliciting” in the strict sense of the term, I am of the view that the legislative context in which this term occurs excludes the respondents’ actions from the scope the legislature intended this section of the Regulations to have. As Professor Côté properly notes in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 199:

The need to determine the word’s meaning within the context of the statute remains.

The context of the Regulations must thus qualify the ordinary use of the word “solicit”, since in examining this context we can see what the legislature intended, as reflected in the regulations as a whole.

In considering the context in which s. 7 of the Regulations appears, I shall examine first the full title of the Regulations and then the short title. Both form an integral part of the text of the Regulations and may validly be used by anyone interpreting them in order to clarify the meaning of other provisions of the Regulations. (See in this regard *O’Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 S.C.R. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] S.C.R. 182.) The full title of the Regulations reads as follows: “*Regulations Respecting the Control of Commercial and Other Operations at Government Airports*” (emphasis added). Although the words “and Other” give the preceding words a rather broad scope, I note that the title indicates that the Regulations apply to “operations”. The very idea of an operation, in my opinion, carries with it a connotation of industry or profit; this term seems to me to have intrinsically commercial overtones.

The short title of the said Regulations reads as follows: “*Government Airport Concession Operations Regulations*” (emphasis added). It will be seen from reading this version of the title that the commercial emphasis given to the application of the Regulations is still more clearly defined by the reference to the operation of concessions. I cannot imagine a concession being operated for any purpose other than a commercial or lucrative one. Though the short title

acquis pour des fins d’argumentation, que la propagande politique proférée par les intimés représente, au sens strict du terme de la «sollicitation», je crois que le contexte législatif dans lequel est placé ce terme viendrait exclure les agissements des intimés de la portée qu’a voulu accorder le législateur à cet article du Règlement. Comme le note avec justesse le professeur Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 216:

... il ne faut pas oublier que l’interprète doit rechercher le sens qu’un mot a dans le contexte d’une loi donnée, et non uniquement le sens des dictionnaires.

Le contexte du Règlement peut donc venir qualifier l’utilisation ordinaire du terme «solliciter» puisqu’en examinant celui-là, on comprend l’intention du législateur telle qu’elle est reflétée dans l’ensemble du texte réglementaire.

Relativement au contexte dans lequel est situé l’art. 7 du Règlement, je m’arrête tout d’abord au titre intégral ainsi qu’au titre abrégé de ce dernier. Il s’agit là d’éléments faisant partie intégrante du texte du Règlement et pouvant valablement être utilisés par l’interprète en vue d’éclairer le sens d’autres dispositions du texte réglementaire. (À ce sujet, voir: *O’Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 R.C.S. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] R.C.S. 182.) Le titre intégral du Règlement se lit ainsi: «*Règlement concernant le contrôle des exploitations commerciales et autres aux aéroports du gouvernement*» (je souligne). Bien que les termes «et autres» accordent une portée assez large aux termes qui précèdent, je souligne que le titre révèle que le Règlement s’applique à des «exploitations». Or, la notion même d’exploitation dénote, à mon avis, une connotation d’industrie, de profit; ce terme porte à mes yeux une coloration commerciale intrinsèque.

Le titre abrégé dudit Règlement se lit ainsi: «*Règlement sur l’exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*» (je souligne). À la lecture de cette version du titre, l’on remarque que l’orientation commerciale de l’application du texte réglementaire est encore plus définie dans la mesure où l’on traite maintenant d’exploitation de concessions. Or, j’ai peine à imaginer une concession qui ne soit exploitée dans un but autre que commercial ou

“[o]f necessity . . . sacrifices precision for concision”, it is an indication of the federal legislature’s intention to limit the scope of the Regulations to commercial matters (on the use of the title for interpretation purposes, reference may be made to Côté, *op. cit.*, at pp. 36-40).

A brief review of the other provisions of the Regulations also indicates that the latter deal first and foremost with services providing transportation for passengers by means of commercial vehicles operated in airports and with the terms and conditions to which such operations are subject. Section 6 deals with areas designated as motor vehicle stations, ss. 8 and 9 set out the commercial passenger transportation operations permitted at an airport, and s. 10 states the various conditions to which the said transportation operations are subject. Finally, ss. 11 to 20 deal with the procedure for issuing the permits required to operate a commercial passenger vehicle or courtesy vehicle and the penalties to which anyone contravening the Regulations is liable. In my view, it would be surprising to find that, in these provisions dealing essentially with commercial passenger transportation, the legislature intended to prohibit any form of political propaganda in s. 7(b) of the Regulations. Thus, the context in which the language of this paragraph is found also leads to the conclusion that the latter is prohibiting operations of a commercial nature.

Lastly, I also base my conclusion that s. 7 of the Regulations is not applicable in the case at bar on the interpretative presumption that legislation is constitutional. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, this Court stated this fundamental principle:

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect.

In an article titled “Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*” (1990), 35

lucratif. Le titre abrégé, bien qu’il «sacrifie nécessairement la précision à la concision», constitue un indice de l’intention du législateur fédéral de limiter la portée du Règlement à des matières commerciales (quant à l’utilisation du titre à des fins d’interprétation, l’on peut consulter Côté, *op. cit.*, aux pp. 38 à 40).

Un bref survol des autres dispositions du Règlement permet aussi de constater que celui-ci traite d’abord et avant tout des services de transports de passagers au moyen de véhicules commerciaux exploités dans des aéroports et des conditions auxquelles sont soumises de telles exploitations. L’article 6 traite des zones qui sont désignées comme stations de véhicules automobiles, les art. 8 et 9 énoncent les activités de transport commercial de passagers qui sont permises au sein d’un aéroport, l’art. 10 stipule les diverses conditions auxquelles sont soumises les dites activités de transport. Enfin, les art. 11 à 20 traitent de modalités relatives aux permis nécessaires à l’exploitation d’un véhicule commercial de passagers ou d’un véhicule de courtoisie et de sanctions dont est passible celui ou celle qui contrevient au Règlement. Selon moi, il serait surprenant que le législateur ait voulu, au sein de ces dispositions concernant essentiellement le transport commercial de passagers, interdire toute forme de propagande politique à l’al. b) de l’art. 7 du Règlement. Ainsi, le contexte dans lequel sont situés les termes de cet alinéa entraîne lui aussi la conclusion selon laquelle celui-ci prohibe des activités de nature commerciale.

Enfin, je fonde aussi ma conclusion selon laquelle l’art. 7 du Règlement ne trouve pas application en l’espèce sur la présomption de constitutionnalité des lois. Dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078, cette Cour a énoncé ce principe fondamental:

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d’une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

Danielle Pinard, dans un article intitulé «Le principe d’interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et*

*McGill L.J.* 305, at p. 327, Danielle Pinard summarizes one of the justifications for this rule of interpretation as follows:

[TRANSLATION] . . . an interpretation reconciling legislative provisions will be justified by the importance of respecting democratic choice and the proper separation of public powers. So far as permitted by the ordinary rules of language and the methods used in statutory interpretation, the courts will prefer the interpretation which confirms that the provision is constitutional at the time of its application.

Ultimately, therefore, I will choose an interpretation of s. 7 which confirms that it is constitutional in the circumstances. The limitations undoubtedly imposed by this provision on commercial expression are not in any way relevant to this appeal. They might perhaps be the subject of another appeal, but so far as the facts of the case at bar are concerned, I cannot interpret the wording of s. 7 of the Regulations in such a way as to encompass the acts of the respondents and thereby infringe their freedom of expression.

In my opinion, the limitation imposed on the respondents' freedom of expression arose from the action taken by the airport manager, a government official, when he ordered the respondents to cease their activities. Although this action was based on an established policy or internal directive, I do not think it can be concluded from this that there was in fact a "law" which could be justified under s. 1 of the *Charter*. The government's internal directives or policies differ essentially from statutes and regulations in that they are generally not published and so are not known to the public. Moreover, they are binding only on government officials and may be amended or cancelled at will. For these reasons, the established policy of the government cannot be the subject of the test under s. 1 of the *Charter*.

### 3. Conclusion

In short, I conclude that the respondents' activities at the Dorval airport benefit from the protection of s. 2(b) of the *Charter*. The freedom of expression enjoyed by the respondents was limited by the order

*libertés»* (1990), 35 *R.D. McGill* 305, à la p. 327, résume l'un des fondements de ce principe d'interprétation en ces termes:

a . . . l'interprétation conciliatrice des textes législatifs se justifiera au nom de l'importance du respect des choix démocratiques, et de la juste séparation des pouvoirs publics. Dans la mesure où les règles ordinaires du langage et les méthodes consacrées d'interprétation des lois le permettront, on préférera l'interprétation qui confirme la conformité constitutionnelle du texte au moment de son application.

c Je préfère donc ultimement une interprétation de l'art. 7 qui confirme sa constitutionnalité dans les faits en cause. Les restrictions sans doute imposées par cette disposition à l'expression commerciale ne sont d'aucune façon pertinentes au présent pourvoi. Celles-ci pourraient peut-être faire l'objet d'un autre pourvoi mais en ce qui concerne les faits en cause, je ne puis interpréter le libellé de l'art. 7 du Règlement de façon à ce qu'il englobe les actes des intimés et soit du même fait violateur de leur liberté d'expression.

e Selon moi, la restriction imposée à la liberté des intimés de s'exprimer a été causée par le geste du directeur de l'aéroport, un agent du gouvernement, lorsque ce dernier a ordonné aux intimés de cesser leurs activités. Bien que ce geste soit fondé sur une politique ou directive établie, je ne crois que l'on puisse de ce fait conclure qu'il y a bel et bien une «règle de droit» pouvant être justifiée par le truchement de l'article premier de la Charte. Les directives ou politiques internes du gouvernement diffèrent essentiellement des lois et règlements dans la mesure où elles ne sont généralement pas publiées et de ce fait connues du public. Par surcroît, elles ne lient de façon obligatoire que les agents du gouvernement et peuvent être modifiées ou répudiées en toute discrétion. Pour ces raisons, la politique fermement établie du gouvernement ne peut faire l'objet du test de l'article premier de la *Charte*.

### 3. Conclusion

i En bref, j'en conclus que les activités des intimés à l'aéroport de Dorval bénéficient de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. La liberté d'expression dont jouissent les intimés a été restreinte par l'ordre du

of the airport manager to cease the said activities. In the absence of a "limit prescribed by law", this limitation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

I therefore answer the constitutional questions, as stated by Dickson C.J. on June 26, 1987, as follows:

1. Are ss. 7(a) and 7(b) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In view of the negative answer to the first question, it is not necessary to answer this question.

Like my colleague L'Heureux-Dubé J., I would dismiss this appeal with costs, as the respondents' freedom of expression was infringed not by the application of the Regulations but by the action of the airport manager.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues and I agree that the appeal should be dismissed.

Like the Chief Justice, I do not think that, as a matter of statutory interpretation, s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, covers political activities. However, as Justice McLachlin observes, in prohibiting expression of political views at the airport, officials were exercising the Crown's legal right to manage its property. The prohibition was in other words prescribed by law. As a general proposition, the Crown's proprietary rights are the same as those of a private owner, but in exercising them the Crown is subject to the overriding requirements of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including, of course, those flowing from the freedom of expression. I agree with the Chief Justice and McLachlin J. that that freedom does not encompass the right to use any and all gov-

directeur de l'aéroport de cesser lesdites activités. Cette restriction, en l'absence d'une règle de droit, ne peut être justifiée sous l'article premier de la *Charte*.

Je réponds donc aux questions constitutionnelles, telles que formulées par le juge en chef Dickson le 26 juin 1987, de la façon suivante:

1. Les alinéas 7a) et 7b) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Considérant la réponse négative à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

À l'instar de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, je rejetterais le présent pourvoi avec dépens, la liberté d'expression des intimés ayant été violée, non par l'application des dispositions réglementaires mais bien par le geste du directeur de l'aéroport.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues et je partage leur opinion que le pourvoi doit être rejeté.

Comme le Juge en chef, je ne pense pas, pour ce qui est de l'interprétation législative, que l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, s'applique aux activités politiques. Cependant, comme le fait observer le juge McLachlin, en interdisant l'expression d'opinions politiques dans les aéroports, les fonctionnaires exerçaient le droit qu'a l'État, en vertu de la loi, d'administrer ses biens. L'interdiction était en d'autres mots prescrite par une règle de droit. En général, les droits de propriétaire de l'État sont les mêmes que ceux des propriétaires privés, mais en les exerçant il est assujéti aux exigences supérieures de la *Charte canadienne des droits et libertés*, y compris, évidemment, celles qui découlent de la liberté d'expression. Je partage l'opinion du Juge en chef et

ernment property for purposes of disseminating one's views on public matters, but I have no doubt that it does include the right to use for that purpose streets and parks which are dedicated to the use of the public, subject no doubt to reasonable regulation to ensure their continued use for the purposes to which they are dedicated. I see no reason why this should not include areas of airports frequented by travellers and by members of the public. The blanket prohibition against the use of such areas for the purpose of the expression of views thus violated the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, a prohibition which my colleagues have been at pains to demonstrate is not justifiable in a free and democratic society.

This is sufficient to dispose of this appeal, and future cases are best left to be dealt with on a case by case basis, until there has been sufficient experience for the development of more specific guidance. It is right to say, however, that in dealing with future cases, I would tend to approach them in the manner suggested by McLachlin J.

I would answer the constitutional questions in the same manner as the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Freedom of expression rests at the heart of this case. The appeal presents this Court with its first opportunity to pronounce on the extent to which ss. 1 and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* operate to restrict government from forbidding certain expressive activity on its property. It raises two critical issues attaching to the constitutional guarantee of freedom of expression under s. 2(b): first, what is the scope of the right itself, and second, what are the spatial limitations as to where it can be exercised? While this Court has had occasion to address related concerns in other contexts, this appeal raises a “classic” confrontation between the acknowledged value of political expres-

du juge McLachlin que cette liberté ne comprend pas le droit d'utiliser toutes les propriétés du gouvernement aux fins de répandre ses opinions sur des questions de nature publique, mais je n'ai aucun doute qu'elle comprend le droit d'utiliser à ces fins les rues et parcs qui sont destinés à l'usage du public, sous réserve sans doute d'une réglementation raisonnable conçue en vue d'assurer leur utilisation continue pour les fins auxquelles ils sont destinés. Je ne vois aucune raison pour laquelle cela ne devrait pas inclure des parties d'aéroport fréquentées par les voyageurs et les membres du public. L'interdiction générale d'utiliser ces endroits aux fins de l'expression d'opinions a ainsi violé la liberté d'expression que garantit l'al. 2b) de la *Charte*, une interdiction dont mes collègues se sont donné le mal de démontrer qu'elle n'est pas justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cela est suffisant pour trancher le présent pourvoi et il est préférable d'examiner cas par cas les affaires qui se présenteront à l'avenir, jusqu'à ce qu'une expérience suffisante ait été acquise pour concevoir des normes plus spécifiques. Il est juste de dire, cependant, que dans l'examen d'affaires futures j'aurais tendance à les aborder de la manière proposée par le juge McLachlin.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que le Juge en chef.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La liberté d'expression est au cœur de ce pourvoi. C'est la première occasion qu'a notre Cour de se prononcer sur la portée de l'article premier et de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui a trait aux restrictions que le gouvernement peut imposer à l'expression dans sa propriété. Sont soulevées par le pourvoi deux questions vitales liées à la liberté d'expression garantie constitutionnellement par l'al. 2b): premièrement, quelle est la portée du droit lui-même et, deuxièmement, quelles sont les limites quant à l'endroit où on peut l'exercer? Bien que notre Cour ait eu l'occasion d'aborder des questions connexes dans d'autres contextes, le présent pourvoi constitue un affrontement «classique» entre la valeur reconnue de l'expression politique et l'intérêt légitime qu'a le



sion and legitimate government interests in imposing certain restrictions on expression generally.

For the purposes of this analysis, it will be helpful to discuss the philosophical etymology of freedom of expression, especially political expression, and how it has developed both doctrinally as well as through judicial interpretation. However, rather than importing ready-made "tests" into our jurisprudence, one must be attentive to the unique character of our Constitution, recognizing that it has evolved within, and will continue to shape, the Canadian parameters and approach to these complex, yet challenging issues. The present case provides a logical context in which to cultivate this undertaking.

The facts are not in dispute. On March 22, 1984, respondents Lépine and Deland, respectively the Secretary and Vice-President of the Committee for the Commonwealth of Canada, went to Montréal International Airport at Dorval to promote knowledge of their group and their political goals, and to recruit members. Equipped with portable placards, advertising leaflets and magazines, they walked through the first floor of the terminal. They approached travellers and other passers-by, and while they were informing them about the goals of the group and soliciting membership, an RCMP officer stopped them and asked that they cease their activities. They objected, at which point the officer took them to the assistant manager of the airport, who advised them that political propaganda activities such as those in which they were engaged were unauthorized pursuant to the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, which prohibited any advertising or solicitation in the airport.

After this meeting, the respondents took an action in the Federal Court of Canada against the appellant, in which they asked the court to declare, *inter alia*, that the appellant had not respected their fundamental freedoms and that the areas open to the public at the airport constituted a public forum where fundamental freedoms could be exercised. The trial judge granted these requests: [1985] 2 F.C. 3.

The Crown appealed. Three separate opinions were rendered at the Federal Court of Appeal: [1987]

gouvernement d'imposer certaines restrictions à l'expression en général.

Il paraît utile aux fins de cette analyse de discuter de l'origine philosophique de la liberté d'expression, particulièrement l'expression politique, et de son développement tant en doctrine qu'à travers l'interprétation judiciaire. Cependant, plutôt que d'importer dans notre jurisprudence des «tests» tout faits, il faut être sensible au caractère unique de notre Constitution, reconnaissant qu'elle a évolué et continuera de le faire dans un cadre canadien et selon une façon proprement canadienne d'aborder ces questions à la fois complexes et remplies de défis. La présente instance fournit un contexte logique à la poursuite de cette entreprise.

Les faits ne font l'objet d'aucune contestation. Le 22 mars 1984, les intimés Lépine et Deland, respectivement secrétaire et vice-présidente du Comité pour la République du Canada, se sont rendus à l'aéroport international de Montréal à Dorval dans l'intention d'y faire connaître leur groupe et ses objectifs politiques, et d'y recruter des membres. Munis de pancartes, de dépliants publicitaires et de revues, ils se sont promenés au rez-de-chaussée de l'aéroport. Ils accostaient des voyageurs et d'autres passants; alors qu'ils leur expliquaient les objectifs du groupe et les incitaient à y adhérer, un agent de la GRC est venu les interrompre et leur demander de cesser leurs activités. Ils ont refusé et l'agent les a alors conduits au directeur adjoint de l'aéroport qui leur a dit que les activités de propagande politique du genre de celles qu'ils pratiquaient étaient interdites selon le *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, qui prohibe toute publicité ou sollicitation dans l'aéroport.

À la suite de cette rencontre, les intimés ont intenté une action contre l'appelante en Cour fédérale du Canada demandant, notamment, de déclarer que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales et que les aires publiques de l'aéroport constituaient un forum public où les libertés fondamentales pouvaient être exercées. Le juge de première instance a accueilli l'action: [1985] 2 C.F. 3.

Le ministère public a interjeté appel. En Cour d'appel fédérale, les trois juges ont déposé des opi-

2 F.C. 68. Hugessen J.A. held that s. 2(b) was clearly breached as the sole purpose of the action taken by the authorities was to prevent the dissemination by the respondents of their political ideas. Furthermore, the violation was not justified under s. 1. While government has the right to manage "its" property for the public good, it cannot make its ownership right a justification for action the only purpose and effect of which is to impede the exercise of a fundamental freedom.

MacGuigan J.A. also felt that the violation could not be justified under s. 1. Even if the objective was of sufficient importance to warrant overriding the right of expression, it had not been established that the means chosen were proportional to the objective. He also argued that the wording of the *Charter* dictates that the freedoms entrenched in s. 2, except for the freedom of "peaceful" assembly, are absolute as they are not qualified by any internal modifiers.

Pratte J.A. dissented, finding that the freedom of expression guaranteed by the *Charter* did not authorize the respondents to act as they did. The government, as owner of the airport, has the right to deny access to anybody who wants to use the premises other than for the purpose of travelling or using the other services provided.

The Federal Court of Appeal, while dismissing the appeal and acknowledging that the appellant had violated the fundamental freedoms of the respondents, was not prepared to rule that airports constitute a public forum for the purposes of freedom of expression under the *Charter*.

On appeal to this Court, Dickson C.J. framed the constitutional questions as follows:

1. Are ss. 7(a) and 7(b) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

nions distinctes: [1987] 2 C.F. 68. Le juge Hugessen a conclu que l'al. 2b) avait clairement été violé puisque le geste des autorités avait pour seul but d'empêcher la diffusion par les intimés de leurs idées politiques. En outre, la violation ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier. Bien que l'État ait le droit de gérer «sa» propriété pour le bien public, il ne peut invoquer son droit de propriété pour justifier un geste dont le seul but et l'unique effet est d'entraver l'exercice d'une liberté fondamentale.

Le juge MacGuigan a également été d'avis que la violation ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier. Même si l'objectif était suffisamment important pour justifier la violation du droit à la liberté d'expression, on n'avait pas établi que les moyens choisis étaient proportionnés à cet objectif. Il a également soutenu que, selon le libellé de la *Charte*, les libertés consacrées à l'art. 2, sauf pour la liberté de réunion «pacifique», sont absolues parce qu'elles ne sont assorties d'aucun qualificatif interne.

Le juge Pratte, dissident, a conclu que la liberté d'expression garantie par la *Charte* n'autorisait pas les intimés à agir comme ils l'ont fait. En sa qualité de propriétaire de l'aéroport, le gouvernement a le droit d'en refuser l'accès à quiconque veut utiliser ses installations autrement que pour voyager ou se prévaloir des divers services offerts.

La Cour d'appel fédérale, bien qu'elle ait rejeté l'appel et reconnu que l'appelante avait violé les libertés fondamentales des intimés, n'est pas allée jusqu'à conclure que les aéroports constituent un forum public aux fins de la liberté d'expression prévue à la *Charte*.

En appel devant notre Cour, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les alinéas 7a) et 7b) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

The relevant portion of the *Government Airport Concession Operations Regulations* reads as follows:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(a) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(b) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; or

(c) fix, install or place anything at an airport for the purpose of any business or undertaking.

Section 8 refers to "Permitted Operations", such as transportation to and from the airport, and does not concern us in this appeal.

The applicable sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this case are ss. 1 and 2(b):

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; . . .

I propose to explore the scope of the right before gauging whether any prospective attenuation may be legitimated through the use of s. 1. The particular facts of this case also raise the issue of "public forum"—what it means, and how it applies to this situation.

#### Freedom of Expression—An Overview

The debate over the scope of freedom of expression probably began a few short seconds after the dawn of expression itself. The means of expression as well as the polemics surrounding them have taken on many forms. While some have defended freedom of expression as an end in and of itself, most justify free

Les dispositions pertinentes du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* se lisent ainsi:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; ou

c) fixer, installer ou placer quoi que ce soit dans un aéroport aux fins d'une activité ou entreprise.

L'article 8 porte sur les «activités permises», comme le transport des passagers vers l'aéroport et depuis ce dernier, et ne nous concerne pas ici.

Les dispositions applicables de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont l'article premier et l'al. 2b):

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;

Je me propose d'explorer la portée du droit à la liberté d'expression avant de déterminer si son atteinte peut être justifiée par l'article premier. Les faits particuliers à la présente instance soulèvent également la question du «forum public»—sa signification et son application en l'espèce.

#### La liberté d'expression—vue d'ensemble

Le débat qu'a suscité la portée de la liberté d'expression a probablement commencé quelques secondes après la naissance de l'expression elle-même. Les moyens d'expression ainsi que les polémiques auxquelles ils ont donné lieu ont revêtu bien des formes. Bien que certains aient défendu la

expression as a means to other ends. However, the two notions are largely interrelated—especially when the form of the expression is political in nature, as in the present case.

Freedom of expression cannot be jettisoned in any system which values self-government—political participation is valuable in part because it enhances personal growth and self-realization. Rand J. for this Court in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, described freedom of expression as “little less vital to man’s mind and spirit than breathing is to his physical existence”. Cardozo J., for the United States Supreme Court in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327, proclaimed freedom of expression to be “the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom”.

The importance of the freedoms in s. 2 of the *Charter* has been articulated from the earliest *Charter* cases. I would point to *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, in which Dickson J., referring to the American experience, made these remarks albeit in the context of the freedom of conscience and religion in s. 2(a) (at p. 346):

It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or “firstness” of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as “fundamental”. They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

The profound role of the freedom of expression, as one of the fundamental freedoms in s. 2, was underlined by this Court in several ensuing *Charter* cases. For instance, Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, stated that it would be “difficult to imagine a guaranteed right

liberté d’expression comme une fin en soi, la plupart justifient la libre expression comme un moyen de parvenir à d’autres fins. Cependant, les deux notions sont en grande partie liées entre elles—surtout lorsque l’expression est de nature politique comme en l’espèce.

Les systèmes qui valorisent l’autonomie politique ne peuvent écarter la liberté d’expression—la participation politique est importante notamment parce qu’elle favorise le développement et l’épanouissement personnel. Le juge Rand, au nom de notre Cour dans l’arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, a affirmé que [TRADUCTION] «la liberté n’est pas moins essentielle à l’intelligence et à l’esprit de l’homme que la respiration ne l’est à son existence physique». Le juge Cardozo, au nom de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), à la p. 327, a décrit la liberté d’expression comme [TRADUCTION] «le fondement, la condition essentielle de presque toutes les autres formes de liberté».

L’importance des libertés garanties par l’art. 2 de la *Charte* a été évoquée dès les premières décisions en la matière, notamment dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge Dickson, se référant à l’expérience américaine, faisait les remarques suivantes, quoique dans le contexte de la liberté de conscience et de religion prévue à l’al. 2a) (à la p. 346):

C’est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l’être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c’est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s’insère la *Charte*.

Le rôle crucial de la liberté d’expression, l’une des libertés fondamentales garanties à l’art. 2, a été souligné à maintes reprises par notre Cour dans des décisions subséquentes portant sur la *Charte*. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, par exemple, le juge Cory a

more important to a democratic society than freedom of expression" (p. 1336). This has been reemphasized in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, by Dickson C.J. at pp. 726-27.

As this Court has discussed on several prior occasions, notably in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and *Keegstra*, *supra*, many different theories have been advanced for promoting freedom of expression. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, at pp. 878-79, is often cited for delineating the basic rationales for judiciously preserving freedom of expression:

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 the society.

However, it is evident that many of the distinctions are artificial. As well, reliance on any rationale in isolation is fraught with difficulty. (On this point, see Cory J., *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*, paper delivered at the University of Alberta Centre for Constitutional Studies, on April 21, 1990.) Laurence Tribe in *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988) (hereinafter "Tribe") states at p. 789:

No satisfactory jurisprudence of free speech can be built upon such partial or compromised notions of the bases for expressional protection or the boundaries of the conduct to be protected. However tempting it may be to resist governmental claims for restricting speech by retreating to an artificially narrowed zone and then defending it without limit, any such course is likely in the end to sacrifice too much to strategic maneuver: the claims for suppression will persist, and the defense will be no stronger for having withdrawn to arbitrarily constricted territory. Any adequate conception of freedom of speech must instead draw upon several strands of the-

affirmé qu'il serait «difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique» (p. 1336). C'est ce qu'a repris le juge en chef Dickson dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 726 et 727.

Comme notre Cour l'a mentionné à plusieurs occasions, notamment dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Keegstra*, précité, plusieurs théories différentes ont été avancées comme justification de la liberté d'expression. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, aux pp. 878 et 879, est souvent cité pour avoir esquissé les raisons d'être fondamentales de la protection judiciaire de la liberté d'expression:

[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 régime de libre expression est nécessaire (1) pour permettre l'épanouissement personnel des individus, (2) pour faciliter 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.

Il est évident, toutefois, que plusieurs de ces distinctions sont artificielles. En outre, se reposer sur quelque fondement que ce soit isolément comporte nombre de difficultés. (À ce sujet, voir le juge Cory, *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*, exposé fait au Centre for Constitutional Studies de l'Université de l'Alberta, le 21 avril 1990.) Laurence Tribe, dans *American Constitutional Law* (2<sup>e</sup> éd. 1988), (ci -après «Tribe») affirme, à la p. 789:

[TRADUCTION] On ne peut établir de jurisprudence convaincante en matière de liberté d'expression à partir de notions aussi partielles ou mitigées de ce que sont les fondements de la protection de la liberté d'expression ou les paramètres de la conduite à protéger. Bien qu'il soit tentant de s'opposer aux revendications du gouvernement pour restreindre la liberté d'opinion en se retranchant dans une zone artificiellement étroite pour ensuite la défendre de manière absolue, cette démarche risque à la fin de faire perdre de vue l'objectif visé au nom des manœuvres stratégiques: les demandes de suppression de la liberté d'expression existeront toujours et la

ory in order to protect a rich variety of expressional modes.

Frederick Schauer on the other hand, in *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) focuses on the negative consequences of governmental regulation of expression. At pages 81-86 he remarks:

Freedom of speech is based in large part on a distrust of the ability of government . . . determinations of truth and falsity, an appreciation of the fallibility of political leaders, and a somewhat deeper distrust of governmental power in a more general sense . . . .

I might summarize the foregoing . . . by saying that the most persuasive argument for a Free Speech Principle is what may be characterized as the argument from governmental incompetence.

Schauer also avoids ascribing differential value to expression based on its form, thus heeding the warning of Professor Tribe. Any grounds, perhaps otherwise legitimate, put forward for restricting freedom of expression are least compelling when advanced in the political context.

Here the various theories merge to ensure that political participation is concretized through our ability to pronounce upon issues that define the political process governing our lives. Expression is in large part characterized by reference to its purpose. The liberty to comment on and criticize existing institutions and structures is an indispensable component of a "free and democratic society". It is imperative for such societies to benefit from a multiplicity of viewpoints which can find fertile sustenance through various media of communication.

The alternatives are particularly frightening. History is replete with examples of entrenched groups which have sought to maintain their elevated station by suppressing emerging and challenging new thoughts and ideas. Stifling opponents by revoking

défense ne sera pas plus forte après son retrait dans une zone restreinte arbitrairement. Toute conception adéquate de la liberté de parole doit plutôt s'appuyer sur plusieurs éléments théoriques pour protéger une riche variété de modes d'expression.

D'autre part, Frederick Schauer, dans *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), met l'accent sur les conséquences négatives de la réglementation de l'expression par le gouvernement. Aux pages 81 à 86, il fait remarquer:

[TRADUCTION] La liberté de parole est fondée en grande partie sur une méfiance quant à la capacité du gouvernement [...] de déterminer ce qui est vrai et ce qui est faux, une évaluation de la faillibilité des dirigeants politiques et une méfiance en quelque sorte plus profonde du pouvoir gouvernemental dans un sens plus général . . .

Je pourrais résumer ce qui précède [...] en disant que l'argument le plus convaincant en faveur d'un principe de la liberté de parole se fonde sur ce que l'on pourrait appeler l'incompétence du gouvernement.

Schauer évite également d'accorder une valeur différente à l'expression selon sa forme, tenant ainsi compte du *caveat* du professeur Tribe. Les raisons invoquées pour restreindre la liberté d'expression, raisons qui peuvent par ailleurs être légitimes, sont encore moins convaincantes lorsqu'elles sont avancées dans un contexte politique.

Ici, les diverses théories convergent pour veiller à ce que la participation politique se concrétise par notre capacité à nous exprimer sur des questions qui définissent le processus politique régissant nos vies. L'expression est, en grande partie, qualifiée par rapport à son objet. La liberté de faire des commentaires sur les institutions et structures existantes et de les critiquer est un élément indispensable d'une «société libre et démocratique». Il est impératif que de telles sociétés bénéficient d'une multitude d'opinions qui peuvent trouver des appuis solides grâce à divers moyens de communication.

L'alternative est particulièrement inquiétante. L'histoire foisonne d'exemples de groupes privilégiés qui ont tenté de conserver leur position supérieure en supprimant les pensées et idées nouvelles et stimulantes. La répression des opposants, par la révocation

their right to express dissent and disenchantment may have produced desired results in the short run, but ultimately all such attempts led to insurrection and rebellion. As Brandeis J. proclaimed in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), at pp. 375-76, such oppressive endeavours are incompatible with the democratic vision which inspired the United States Constitution and the rights enunciated therein:

Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties . . . . They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty . . . . Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law—the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.

The United States Supreme Court has long recognized:

. . . a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.

(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), at p. 270.)

Free debate has often been perceived as the optimal means to discover “truth”—through the “marketplace of ideas” in which truth will ultimately prevail. A well-known judicial formulation is found in Holmes J.’s dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630:

. . . the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market . . . .

Furthermore the process will proliferate an abundance of varied perceptions which will expose the weaknesses of certain ideas and the strengths of others. However, as John Stuart Mill argued in *On*

de leur droit d’exprimer leur dissidence et leur désapprobation, a pu produire les résultats souhaités à court terme, mais, en dernier ressort, ces tentatives ont toutes conduit à des insurrections et à des rébellions. Comme le juge Brandeis l’a affirmé dans l’arrêt *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), aux pp. 375 et 376, ces efforts d’oppression sont incompatibles avec la vision démocratique à l’origine de la Constitution des États-Unis et des droits qui y sont consacrés:

[TRADUCTION] Ceux qui ont acquis notre indépendance croyaient que le but ultime de l’État était de permettre aux hommes de s’épanouir [. . .] Ils privilégiaient la liberté à la fois comme une fin et comme un moyen. Ils croyaient que la liberté était le secret du bonheur et le courage, le secret de la liberté [. . .] Parce qu’ils croyaient au pouvoir de la raison dans les discussions publiques, ils refusaient le silence imposé par la loi—la pire forme d’exercice de la force. Reconnaisant les tyrannies occasionnelles de la majorité au pouvoir, ils ont modifié la Constitution pour garantir la liberté de parole et de réunion.

Il y a longtemps que la Cour suprême des États-Unis reconnaît:

[TRADUCTION] . . . un engagement national profond à l’égard du principe portant que les débats sur les questions publiques devraient être illimités, solides et ouverts, et qu’ils peuvent comprendre des attaques violentes, caustiques et parfois désagréablement cinglantes envers le gouvernement et les fonctionnaires.

(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), à la p. 270.)

On a souvent cru que le débat public était le meilleur moyen de parvenir à la «vérité»—par le [TRADUCTION] «marché des idées» qui permet à la vérité de triompher en dernier ressort. Une formulation judiciaire bien connue est celle du juge Holmes, dissident, dans l’arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), à la p. 630:

[TRADUCTION] . . . le meilleur test de la vérité est le pouvoir de la pensée de se faire accepter dans la compétition du marché . . . .

En outre, le processus donnera lieu à une multitude de perceptions diverses qui feront ressortir les faiblesses de certaines idées et les forces des autres. Cependant, comme John Stuart Mill l’a souligné dans

*Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at p. 16:

Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

The argument is appealing in that it acknowledges that one generation's truth is another generation's fallacy—and there is an underlying optimism in the evolution of ideas. However, especially in the realm of political debate, it is the idea itself that must be encouraged, regardless of its apparent veracity. In fact, there can be no “political truth”—assertions to the contrary may be welcome in the context of campaign literature, but not as a basis for repression of political challengers.

Freedom of expression, like freedom of religion, serves to anchor the very essence of our democratic political and societal structure. As expressed by Jackson J., in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 642, “[i]f there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein”. Robert J. Sharpe explains the futility of basing this axiom merely upon some yearning for ultimate truth, in “Commercial Expression and the Charter” (1987), 37 *U.T.L.J.* 229, at p. 236:

The essence of the market-place of ideas argument is that control and regulation of expression is intolerable because we can trust no government to know the truth. Those who purport to legislate the truth invariably turn out to be tyrants. The market-place of ideas argument

*On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), à la p. 16:

[TRADUCTION] Il est toutefois évident en soi, autant qu'après de longues discussions, qu'une époque n'est pas plus infallible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions généralement acceptées maintenant seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'argument est attrayant parce qu'il reconnaît que ce qui est vrai pour une génération est faux pour l'autre—et il existe un optimisme sous-jacent à l'évolution des idées. Cependant, surtout dans le domaine du débat politique, c'est l'idée elle-même qui doit être encouragée, sans égard à son exactitude apparente. Dans les faits, il ne peut y avoir de [TRADUCTION] «vérité politique»—des affirmations contraires peuvent être bienvenues dans la propagande écrite distribuée dans le cadre d'une campagne, mais non servir de fondement à la répression des contestataires politiques.

La liberté d'expression, comme la liberté de religion, sert à ancrer l'essence même de la structure politique et sociale de notre démocratie. À l'instar du juge Jackson dans l'arrêt *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), à la p. 642 [TRADUCTION] «[s]il existe chez nous un principe constitutionnel intangible c'est celui-ci: nul fonctionnaire, peu importe son rang, ne peut prescrire l'orthodoxie en matière de politique, de nationalisme ou de religion ou dans d'autres affaires d'opinion, ni forcer les citoyens à avouer par des paroles ou par des gestes leur croyance à cette orthodoxie.» Le professeur Robert J. Sharpe explique la futilité de fonder cet axiome sur le seul désir de parvenir en dernier ressort à la vérité dans «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U.T.L.J.* 229, à la p. 236:

[TRADUCTION] L'essence de l'argument du marché des idées est que le contrôle et la réglementation de l'expression sont intolérables parce qu'on ne saurait avoir confiance qu'un gouvernement puisse savoir la vérité. Ceux qui prétendent faire des lois sur la vérité s'avèrent invariablement des tyrans. L'argument du marché des idées fait appel à un processus ouvert justement parce



prescribes an open process precisely because we cannot agree on what is the truth. [Emphasis added.]

Hence the justification for the widest freedom of political speech stems not only from some abstract search for truth, but also from the tangible goal of preserving democracy. As this Court stated in *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 145-46, where Cannon J. held that freedom of expression was beyond provincial competence since expression is necessary to the functioning of a democracy:

Freedom of discussion is essential to enlighten public opinion in a democratic State; it cannot be curtailed without affecting the right of the people to be informed through sources independent of the government concerning matters of public interest. There must be an untrammelled publication of the news and political opinions of the political parties contending for ascendancy . . . . Democracy cannot be maintained without its foundation: free public opinion and free discussion throughout the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law.

And Duff C.J. stated, at p. 133, that "it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions".

In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, the Court restricted the scope of the crime of sedition, holding that nothing short of an intention to incite the people to violence, public disorder, or unlawful conduct against the government suffices to support a conviction. Rand J. held, at p. 288:

Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality . . . . Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there can be fanatical puritanism in ideas as well as in morals;

que nous ne pouvons nous entendre sur ce qu'est la vérité. [Je souligne.]

De là se justifie la forme la plus étendue de liberté d'opinion politique qui découle non pas d'une recherche abstraite de la vérité, mais plutôt de l'objectif concret de protection de la démocratie. Dans *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 145 et 146, le juge Cannon a conclu que la liberté d'expression ne relevait pas de la compétence provinciale puisque l'expression est nécessaire au fonctionnement d'une démocratie:

[TRADUCTION] La liberté de discussion est essentielle, dans un État démocratique, pour éclairer l'opinion publique; on ne peut la restreindre sans toucher au droit du peuple d'être informé, en ce qui concerne des matières d'intérêt public, grâce à des sources indépendantes du gouvernement. Les nouvelles, ainsi que les opinions politiques des partis politiques qui luttent pour le pouvoir, doivent être publiées sans entraves [. . .] La démocratie ne peut se maintenir sans son fondement: une opinion publique libre et la libre discussion, de par toute la nation et dans les limites que fixent le Code criminel et la common law, de toutes les affaires qui intéressent l'État.

Le juge en chef Duff, pour sa part, écrivait, à la p. 133, [TRADUCTION] «qu'il est évident que l'usage de ce droit de libre discussion des affaires publiques, malgré les difficultés qu'il peut causer à l'occasion, est au cœur même de nos institutions parlementaires.»

Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, la Cour a restreint la portée du crime de sédition, affirmant que rien de moins qu'une intention d'inciter le peuple à la violence, au désordre public ou à la conduite illégale contre le gouvernement ne saurait justifier une déclaration de culpabilité. Le juge Rand affirme, à la p. 288:

[TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés [. . .] Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives controverses; dans certains domaines l'hérésie

but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and deeper uniformities as bases of social stability.

In *Switzman v. Elbling*, *supra*, the Court reviewed the Quebec "padlock law", which made it illegal for any owner or tenant to use or allow the use of premises "to propagate communism or bolshevism by any means whatsoever". It was also an offence to print, publish, or distribute any materials tending to have the same effect. Striking down the law, Rand J., at pp. 304-5, again advocated an extensive scope for expression:

That the scene of study, discussion or dissemination of views or opinions on any matter has ever been brought under legal sanction in terms of nuisance is not suggested. For the past century and a half in both the United Kingdom and Canada, there has been a steady removal of restraints on this freedom, stopping only at perimeters where the foundation of the freedom itself is threatened. Apart from sedition, obscene writings and criminal libels, the public law leaves the literary, discursive and polemic use of language, in the broadest sense, free.

Since the advent of the *Charter*, this Court has discussed the values and principles underlying the freedom of expression. These were admirably reviewed by Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, where he stated (at pp. 727-28), referring to a passage from *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712:

As is evident from the quotation just given, the reach of s. 2(b) is potentially very wide, expression being deserving of constitutional protection if "it serves individual and societal values in a free and democratic society". In subsequent cases, the Court has not lost sight of this broad view of the values underlying the freedom of expression, though the majority decision in *Irwin Toy* perhaps goes further towards stressing as primary the "democratic commitment" said to delineate the protected sphere of liberty (p. 971). Moreover, the Court has attempted to articulate more precisely some of the

tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un puritanisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre.

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, précité, la Cour a examiné la «loi du cadenas» du Québec. Celle-ci prévoyait qu'il était illégal pour toute personne qui possédait ou occupait une maison de l'utiliser ou de permettre qu'elle soit utilisée pour [TRADUCTION] «propager le communisme ou le bolchevisme par quelque moyen que ce soit». Il était également illégal d'imprimer, de publier ou de distribuer des documents de même tendance. En déclarant la loi illégale, le juge Rand a de nouveau plaidé en faveur d'une portée étendue de l'expression, aux pp. 304 et 305:

[TRADUCTION] On ne suggère pas que le théâtre d'études, de discussions ou de propagation d'opinions sur n'importe quel sujet ait jamais été soumis à des sanctions légales au titre des nuisances. Depuis un siècle et demi, tant au Royaume-Uni qu'au Canada, il y a eu un constant recul des contraintes imposées à cette liberté, recul qui ne s'est arrêté que là où les fondements mêmes de cette liberté étaient menacés. La sédition, la littérature obscène et le libelle criminel mis à part, le droit public permet librement l'utilisation littéraire, philosophique et polémique du langage, conçu dans son sens le plus large.

Depuis l'avènement de la *Charte*, notre Cour a discuté des valeurs et des principes sous-jacents à la liberté d'expression. Ceux-ci ont été admirablement analysés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, où il affirme (aux pp. 727 et 728), au sujet d'un passage de l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712:

Il se dégage nettement de l'extrait précité que la portée de l'al. 2b) peut être très large puisque l'expression mérite une protection constitutionnelle si elle sert à «promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique». Dans ses arrêts subséquents, la Cour n'a pas perdu de vue cette conception large des valeurs sous-tendant la liberté d'expression, quoique la décision de la majorité dans l'affaire *Irwin Toy* insiste peut-être plus fortement sur le caractère primordial de «l'engagement démocratique» qui délimite la sphère de liberté protégée (p. 971). De

convictions fueling the freedom of expression, these being summarized in *Irwin Toy* (at p. 976) as follows: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom the meaning is conveyed.

Before embarking on an analysis of our *Charter* provisions and their application to the present case, I wish to stress at this point that the above discussion is not designed to carve out "political expression" as a distinct category to be analysed apart from freedom of expression considerations generally. Rather, the political nature of the speech at issue merely focuses on the competing interests that must be balanced on the constitutional scales. The characterization of the particular speech at issue, as political, commercial or otherwise, will merely be among the many factors to be taken into account. These concerns will be explored in greater detail when assessing the constitutionality of the provision itself.

#### Section 2(b) of the Charter

When reviewing the ambit of protected expression this Court has often referred to American decisions. The United States Supreme Court has long been grappling with the formulation of an appropriate test, and in the process it has created a whole series of standards that have been applied somewhat unpredictably over the years. We must recognize the differences in approach which result from our distinctive constitutional documents. In *Keegstra, supra*, Dickson C.J. addressed this at p. 740:

Canada and the United States are not alike in every way, nor have the documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, differences may require that Canada's constitutional vision depart from that endorsed in the United States.

plus, la Cour a tenté d'arriver à une formulation plus exacte de certaines convictions dont procède la liberté d'expression, résumées ainsi dans l'arrêt *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche et la découverte de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante, tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

Avant d'entreprendre un examen des dispositions de notre *Charte* et de leur application en l'espèce, je veux souligner immédiatement que la discussion qui précède ne vise pas à identifier «l'expression politique» comme catégorie distincte qu'on doit analyser indépendamment des considérations générales sur la liberté d'expression. Au contraire, la nature politique de l'expression, ici en cause, ne fait que mettre l'accent sur les intérêts divergents qui doivent être soulevés selon les normes constitutionnelles. La qualification d'un discours particulier de politique, commercial ou autrement, n'est qu'un facteur parmi tous ceux dont on doit tenir compte. Ces questions seront examinées plus en détail lorsqu'il s'agira de déterminer la constitutionnalité de la disposition elle-même.

#### L'alinéa 2b) de la Charte

Lorsqu'elle a eu à examiner la portée de l'expression protégée, notre Cour s'est souvent référée aux décisions américaines. La Cour suprême des États-Unis a longtemps eu de la difficulté à formuler un test approprié et, ce faisant, elle a créé toute une série de normes qui ont été appliquées de façon plutôt imprévisible au fil des ans. Nous devons reconnaître que nous avons une approche différente qui découle de nos documents constitutionnels distincts. Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a traité de cette question à la p. 740:

Le Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n'ont pas pris naissance dans des contextes identiques. Le simple bon sens nous oblige à reconnaître que, de même que les similitudes justifieront des emprunts à l'expérience américaine, de même les différences pourront exiger que la vision constitutionnelle canadienne s'écarte de la vision américaine.

Notwithstanding our differences, it may be helpful here to look at the American experience, not with a view to applying their decisions blindly but rather to learn from the process through which they were derived.

The First Amendment reads as follows:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

The fundamental nature of this set of guarantees is underscored by its primacy—this is the first amendment. However, the different structures of our two constitutional documents require that the balancing tests be undertaken at different stages of the analysis. In the United States any limitations on the First Amendment, to the extent that any limitations exist, must be internal to the provision itself. The U.S. Constitution does not contain a s. 1. For these and other reasons A. Wayne MacKay cautions, in “Freedom of Expression: Is it All Just Talk?” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713, at p. 719, that:

What if anything should Canadian courts do with these various rationales evolved in the United States? As a first preliminary matter, account should be taken of the significant political and social differences between the two countries and how this has been reflected in their historical approaches to freedom of expression and the press. As a second preliminary matter, the linguistic differences between the respective guarantees of freedom of expression should be considered, and in particular the European roots of the Canadian provision—section 2(b) of the Charter.

On a more substantive basis the American rationales should only be used to the extent that they are useful for advancing the purposes and values of the Canadian document. [Emphasis added.]

And, as Professor MacKay points out at p. 730:

While the Americans must do their balancing in the context of the definition of the right, Canadians can take

En dépit de nos différences, il peut être utile de se pencher sur l'expérience américaine, non pas en vue d'appliquer aveuglément leurs décisions, mais plutôt pour tirer profit du processus dont elles sont le fruit.

Le Premier amendement est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Le Congrès ne fera aucune loi relative à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice; ou restreignant la liberté de parole ou de la presse; ou le droit du peuple de s'assembler paisiblement, et d'adresser des pétitions au gouvernement pour une réparation de ses torts.

Le caractère fondamental de cette série de garanties est souligné par sa prépondérance: il s'agit du premier amendement. Cependant, les structures différentes de nos deux documents constitutionnels font que l'évaluation des intérêts en jeu doit être entreprise à un stade différent de l'analyse. Aux États-Unis, les restrictions au Premier amendement, dans la mesure où il en existe, doivent être prévues à l'intérieur même de la disposition. La Constitution américaine n'a pas de disposition équivalente à notre article premier. Pour ces raisons ainsi que pour d'autres, A. Wayne MacKay met en garde dans «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713, à la p. 719:

[TRADUCTION] Le cas échéant, que devraient faire les tribunaux canadiens de ces diverses décisions rendues aux États-Unis? En premier lieu, de façon préliminaire, il faudrait tenir compte des différences importantes d'ordre politique et social qui séparent les deux pays et de la façon dont elles ont teinté leur point de vue traditionnel de la liberté d'expression et de la liberté de la presse. En second lieu, toujours de façon préliminaire, les différences linguistiques entre les garanties respectives de la liberté d'expression doivent être étudiées et notamment, l'origine européenne de la disposition canadienne—l'al. 2b) de la Charte.

Quant au fond, les décisions américaines ne devraient être employées que dans la mesure où elles peuvent servir à la promotion des valeurs et des objectifs du document canadien. [Je souligne.]

Et, comme le professeur MacKay le souligne, à la p. 730:

[TRADUCTION] Tandis que les Américains doivent faire leur évaluation dans le contexte de la définition du droit,

advantage of the existence of section 1. *A priori* exclusions of whole categories of free expression are not necessary in Canada.

Hence we should be particularly vigilant to formulate a "made in Canada" standard, that is sensitive to the legal, sociological, and political characteristics which inspired the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and its subsequent development.

The pre-*Charter* decisions appreciated that rights are not absolute. See *e.g. Reference Re Alberta Statutes, supra; Boucher v. The King, supra; Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; and *Switzman v. Elbling, supra*. Another example of this recognition can be found in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, the last pre-*Charter* case on freedom of expression, where Dickson C.J. wrote, at pp. 467-68:

... our democratic system is deeply rooted in, and thrives on, free and robust public discussion of public issues. As a general rule, all members of society should be permitted, indeed encouraged, to participate in that discussion.

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. Thus, for example, we have laws dealing with libel and slander, sedition and blasphemy. We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example, ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults.

The parameters of freedom of expression have been explored more expansively since the promulgation of the *Charter*, and these decisions have shed fresh light on venerable principles as well as illumi-

les Canadiens bénéficient de l'existence de l'article premier. Au Canada, l'exclusion a priori d'entières catégories de libre expression n'est pas nécessaire.

Nous devrions donc veiller particulièrement à formuler une norme purement canadienne, qui soit sensible aux caractéristiques juridiques, sociologiques et politiques qui ont inspiré la *Charte canadienne des droits et libertés* et son évolution subséquente.

Les arrêts rendus avant l'adoption de la *Charte* reconnaissent que les droits ne sont pas absolus. Voir notamment *Reference Re Alberta Statutes*, précité, *Boucher v. The King*, précité, *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman v. Elbling*, précité. Dans un autre exemple de cette reconnaissance, *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, la dernière décision rendue au sujet de la liberté d'expression avant la proclamation de la *Charte*, le juge en chef Dickson écrivait, aux pp. 467 et 468:

... notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire.

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. Ainsi, par exemple, nous avons des lois qui traitent de la diffamation écrite et verbale, des propos séditieux et du blasphème. Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles.

Les paramètres de la liberté d'expression ont été examinés plus en profondeur depuis l'adoption de la *Charte* et ces décisions donnent un nouvel éclairage à des principes vénérables et tracent une voie nouvelle

nating a new path for the development of this fundamental liberty.

A threshold question which must first be addressed is whether or not the *Charter* created new rights or whether it codified pre-existing rights. This debate has focused on the *Canadian Bill of Rights*, under which the scope of an invoked freedom was often limited by government property rights. However, the difference in approach has been eloquently presented by Judge Rosalie Abella in "The Social and Legal Paradigms of Equality" (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5, at p. 6, where she explores the background of equality provisions and its entrenchment in the *Charter*:

Most of the *Charter's* rights, including equality, had been substantially included in the *Charter's* statutory ancestor, the *Bill of Rights*. But that statute lacked the stature of constitutional entrenchment, and it tended to suffer from juridical emaciation, starved as it was by a judiciary anxious to keep the *Bill of Rights* on a policy-free diet. [Emphasis added.]

Some courts, such as the British Columbia Court of Appeal in *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638, have resisted the cultivation of broader rights under the *Charter*, finding instead that the *Charter* merely enshrined, and essentially froze, existing rights. In *Cromer*, a teachers' federation brought disciplinary charges against Cromer, who was alleged to have breached the Code of Ethics by publicly criticising a fellow teacher. Lambert J.A., for the court, held that the *Charter* contained no new rights, and instead the courts should look to pre-*Charter* jurisprudence. He framed the question to be resolved as follows, at p. 647:

To adopt Rand J.'s language, the question in this case becomes: whether the phrase "freedom of expression" in s. 2 of the *Charter* is describing the whole original freedom or the residue within the periphery of countervailing rights. Does it describe an absolute freedom, to be restricted only under s. 1, or does it describe the bundle of civil rights that arise as protection against infringements of free speech?

et éclatante pour l'évolution de cette liberté fondamentale.

Dès le départ, la première question qui se pose est de déterminer si la *Charte* a créé de nouveaux droits ou si elle n'a fait que codifier des droits existants. Ce débat a mis en parallèle la *Déclaration canadienne des droits*, en vertu de laquelle la portée d'une liberté donnée était souvent restreinte par les droits de propriété du gouvernement. Le juge Rosalie Abella a cependant exposé de façon éloquente les différences d'approche dans «The Social and Legal Paradigms of Equality» (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5, à la p. 6. Elle fait l'historique des dispositions relatives à l'égalité et de leur inclusion dans la *Charte*:

[TRADUCTION] La plupart des droits garantis par la *Charte*, y compris le droit à l'égalité, étaient essentiellement prévus dans le document précédant la *Charte*, la *Déclaration des droits*. Mais cette loi n'avait pas le statut d'un document constitutionnel et elle souffrait souvent d'anorexie juridique, affamée par des tribunaux anxieux de faire suivre à la *Déclaration des droits* une diète dépourvue de toute question d'ordre politique. [Je souligne.]

Certains tribunaux, comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638, ont hésité à reconnaître des droits plus généreux dans la *Charte*, concluant plutôt que celle-ci n'a fait que consacrer et essentiellement cristalliser les droits existants. Dans *Cromer*, une association de professeurs avait porté des accusations d'ordre disciplinaire contre Cromer, lui reprochant d'avoir contrevenu à un code de déontologie en critiquant publiquement un collègue de travail. Le juge Lambert a conclu, au nom de la cour, que la *Charte* ne formulait aucun droit nouveau et que les tribunaux devraient s'en tenir à la jurisprudence existante avant l'adoption de la *Charte*. Il a formulé ainsi la question à résoudre, à la p. 647:

[TRADUCTION] Selon les termes utilisés par le juge Rand, la question posée en l'espèce est la suivante: la «liberté d'expression» prévue à l'art. 2 de la *Charte* décrit-elle toute la liberté garantie au départ ou ce qu'il en reste dans le contexte des autres droits qui servent de contrepoids? S'agit-il d'une liberté absolue, restreinte uniquement par l'application de l'article premier ou s'agit-il de l'ensemble des droits civils qui servent de protection contre les violations de la liberté de parole?

Lambert J.A. answered, at pp. 652 and 657, that:

... the content and scope of the substantive rights and freedoms is to be found in the description of the rights and freedoms themselves ...

The Charter does not purport to confer new freedoms. It gives a constitutional guarantee to the old freedoms and, in so doing, it protects them. But, in my opinion, it did not transform them. Section 1 merely places limits on the extent of the constitutional guarantee. The freedom of expression itself remains the same freedom as existed before the adoption of the Charter, and it remains subject to the same balancing process against other important and often compelling values.

However, it is now incontrovertible that the *Charter*, in order to be capable of adapting to the social conditions and problems of the present and the future, must be given a purposive and expansive interpretation. As Dickson J. articulated in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 342-44:

The basis of the majority's interpretation in *Robertson and Rosetanni*, *supra*, is the fact that the language of the *Canadian Bill of Rights* is merely declaratory: by s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*, certain existing freedoms are "recognized and declared", including freedom of religion. For Ritchie J. this language dramatically narrowed the possible interpretation of the rights and freedoms enunciated by the *Canadian Bill of Rights*:

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. [Emphasis added.]

Cory J.A., now of this Court, offered a resonating endorsement of freedom of expression in *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81. Mr. Kopyto was convicted of scandalizing the court for suggesting that the police and the courts were not independent of one

Le juge Lambert a répondu en ces termes, aux pp. 652 et 657:

[TRADUCTION] ... le contenu et la portée des droits et libertés se trouvent dans la description de ces droits et libertés ...

La Charte n'a pas pour but de conférer de nouvelles libertés. Elle assure une garantie constitutionnelle des anciennes libertés et les protège par le fait même. J'estime cependant qu'elle ne les a pas transformées. L'article premier a simplement apporté des restrictions à la portée de la garantie constitutionnelle. La liberté d'expression demeure la même liberté qui existait avant l'adoption de la Charte, et elle demeure assujettie au même processus d'évaluation en fonction d'autres valeurs importantes et souvent impérieuses.

Il est maintenant toutefois indéniable que la *Charte* doit recevoir une interprétation large et libérale, capable de s'adapter aux conditions et aux problèmes sociaux actuels et futurs. Comme l'affirmait le juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 342 à 344:

L'interprétation de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, se fonde sur le fait que le langage utilisé dans la *Déclaration canadienne des droits* est purement déclaratoire: à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, il est «reconnu et déclaré» que certaines libertés déjà existantes, notamment la liberté de religion, continuent d'exister. Selon le juge Ritchie, ce langage restreint sensiblement la façon dont il est possible d'interpréter les droits et libertés énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits*:

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. [Je souligne]

Le juge Cory, alors juge à la Cour d'appel, a endossé avec ferveur cette conception de la liberté d'expression dans *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81. Monsieur Kopyto a été reconnu coupable d'avoir scandalisé la cour en suggérant que la police et les

another. Cory J.A. announced that "the rights granted by the Charter were not frozen at the moment of its enactment; the Charter does more than recognize and declare pre-existing rights" (p. 89). The critical role of free speech in the political context was specifically underscored (at pp. 90-91):

... it is difficult to imagine a more important guarantee of freedom to a democratic society than that of freedom of expression. A democracy cannot exist without the freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. These opinions may be critical of existing practices in public institutions and of the institutions themselves. However, change for the better is dependent upon constructive criticism. Nor can it be expected that criticism will always be muted by restraint. Frustration with outmoded practices will often lead to vigorous and unpropitious complaints. Hyperbole and colourful, perhaps even disrespectful language, may be the necessary touchstone to fire the interest and imagination of the public, to the need for reform, and to suggest the manner in which that reform may be achieved.

The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies. Caustic and biting debate is, for example, often the hallmark of election campaigns, parliamentary debates and campaigns for the establishment of new public institutions or the reform of existing practices and institutions. The exchange of ideas on important issues is often framed in colourful and vitriolic language. So long as comments made on matters of public interest are neither obscene nor contrary to the laws of criminal libel, citizens of a democratic state should not have to worry unduly about the framing of their expression of ideas. The very lifeblood of democracy is the free exchange of ideas and opinions. If these exchanges are stifled, democratic government itself is threatened.

History has repeatedly demonstrated that the first step taken by totalitarian regimes is to muzzle the media and then the individual in order to prevent the dissemination of views and opinions that may be contrary to those of the government. The vital importance of freedom of expression cannot be overemphasized. It is important in this context to note that s. 2(b) of the Charter is framed in absolute terms, which distinguishes it, for example, from s. 8 of the Charter, which guarantees the qualified

tribunaux n'étaient pas indépendants les uns des autres. Le juge Cory a statué que [TRADUCTION] «les droits conférés par la Charte n'ont pas été figés au moment de l'adoption de celle-ci; la Charte fait bien plus que reconnaître et déclarer les droits déjà existants» (p. 89). L'importance du rôle que joue la liberté de parole dans un contexte politique y est soulignée de façon particulière (aux pp. 90 et 91):

[TRADUCTION] ... il est difficile d'imaginer une garantie de liberté qui soit plus importante dans une société démocratique que la liberté d'expression. Aucune démocratie ne peut exister sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et de proposer des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. Ces opinions peuvent critiquer les pratiques existantes dans les institutions publiques et les institutions elles-mêmes. Cependant, il n'y a pas d'amélioration sans critique constructive. Et il ne faudrait pas non plus croire que la contrainte contribuera toujours à atténuer la critique. La frustration qu'entraînent les méthodes dépassées donnera souvent lieu à des plaintes vigoureuses et inappropriées. Un discours hyperbolique et coloré, parfois même irrespectueux, peut être la pierre de touche nécessaire pour stimuler l'intérêt et l'imagination du public à l'endroit du besoin de réforme, et pour suggérer la façon dont il est possible de procéder à la réforme.

La notion de liberté de parole illimitée pénètre toute société vraiment démocratique. Les débats mordants et acerbes sont souvent, par exemple, l'apanage des campagnes électorales, des débats parlementaires et des campagnes en faveur de la création de nouvelles institutions publiques ou de la réforme d'institutions ou de méthodes déjà en place. Tant que les commentaires formulés sur des questions d'ordre public ne sont ni obscènes ni contraires aux règles régissant le libellé diffamatoire, les citoyens d'un État démocratique ne devraient pas s'inquiéter indûment au sujet du cadre de l'expression de leurs idées. L'âme même de la démocratie repose sur le libre échange d'idées et d'opinions. Si ces échanges sont réprimés, le gouvernement démocratique même est menacé.

L'histoire en a fait la preuve à maintes reprises: le premier geste des régimes totalitaires est de museler les médias d'information puis les citoyens afin d'empêcher la dissémination d'opinions qui pourraient être contraires à celles du gouvernement. On ne saurait trop insister sur l'importance vitale de la liberté d'expression. Dans ce contexte, il importe de souligner que l'al. 2b) de la Charte est rédigé en des termes absolus, ce qui le distingue notamment de l'art. 8 de la Charte qui



right to be secure from unreasonable search. The rights entrenched in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

Cory J.A.'s comments also address another controversy regarding the interpretation of s. 2(b): should it be construed narrowly, thus avoiding the need to resort to s. 1 as fewer *Charter* violations will be established; or should it be read broadly, thus requiring that most limitations must be anchored within s. 1, with the burden of proof resting upon the government? I prefer the latter approach. As Professor MacKay writes in "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?", *op. cit.*, at p. 730:

Because the burden is on the state rather than on the applicant under section 1, a decision to balance interests there, rather than in the right itself, would be one in favour of expanding freedom of expression.

While I may not go as far as MacGuigan J. at the Court of Appeal, who found that the lack of internal modifiers renders the s. 2(b) guarantee "absolute", I do believe that it should be given a large and liberal application. This appears to be consistent with the approach embraced by this Court in its prior interpretations of the provision.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, the Court examined the issue of secondary picketing. On the issue of freedom of expression, McIntyre J. stressed the continuity with pre-*Charter* principles, at p. 583:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection. [Emphasis added.]

garantit le droit relatif à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives. Les droits consacrés à l'al. 2b) ne devraient donc être restreints que dans les circonstances les plus claires.

Les commentaires du juge Cory touchent également à un autre aspect controversé de l'interprétation de l'al. 2b): cet alinéa devrait-il être interprété restrictivement, évitant ainsi de recourir à l'article premier puisque moins de violations de la *Charte* seraient établies ou devrait-il recevoir une interprétation large et libérale de sorte que la plupart des restrictions devront être fondées sur l'article premier, le fardeau de la preuve en incombant au gouvernement? Je préfère cette dernière approche. Comme l'écrit le professeur MacKay dans «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?», *loc. cit.*, à la p. 730:

[TRADUCTION] Puisqu'en vertu de l'article premier, le fardeau incombe à l'État plutôt qu'au requérant, la décision d'apprécier les intérêts à cette étape-là plutôt qu'au niveau du droit lui-même, aurait pour effet d'élargir la liberté d'expression.

Même si je ne puis aller aussi loin que le juge MacGuigan, de la Cour d'appel fédérale, qui a conclu que l'absence de qualificatifs internes rendait «absolue» la garantie conférée par l'al. 2b), je crois tout de même qu'elle devrait recevoir une interprétation large et libérale. Cela semble compatible avec la position adoptée par notre Cour jusqu'ici lorsqu'il s'est agi d'interpréter ces dispositions.

Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, la Cour a examiné la question du piquetage secondaire. Au sujet de la liberté d'expression, le juge McIntyre a insisté sur la continuité par rapport aux principes en vigueur avant la proclamation de la *Charte*, à la p. 583:

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté. [Je souligne.]

In *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, this Court held that a ban on commercial signs in languages other than French infringed s. 2(b) and was not justified under s. 1. The decision made it clear that commercial expression fell within the rubric of s. 2(b). After addressing several philosophical justifications for protecting freedom of expression, the Court, at pp. 765-66, acknowledged the value of these contributions, yet stressed the importance of developing a "made in Canada" test, sensitive to the nuances and subtleties of our *Charter* and the rights secured therein:

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 act of expression, in the final analysis, deserves protection from interference under the structure of the Canadian *Charter* . . .

Perhaps the most extensive examination of the freedom of expression guarantee was undertaken in *Irwin Toy*. There the Court reviewed a ban on advertising directed at children. Though ultimately upheld under s. 1, the ban was found to constitute an infringement of s. 2(b). At pages 968-69, the majority set out the proper approach in freedom of expression issues:

[T]he first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression".

"Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fun-

Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, notre Cour a conclu que l'interdiction des affiches commerciales écrites en d'autres langues que le français était contraire à l'al. 2b) et n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Cette décision porte clairement que l'expression commerciale est visée par l'al. 2b). Après avoir examiné plusieurs raisons d'ordre philosophique motivant la protection de la liberté d'expression, la Cour, tout en reconnaissant, aux pp. 765 et 766, la valeur de ces apports, a souligné l'importance de critères purement canadiens, sensibles aux nuances et aux subtilités de notre *Charte* et aux droits qui y sont garantis:

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 analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la *Charte* canadienne [. . .] une protection . . .

L'arrêt *Irwin Toy* a peut-être entrepris l'étude la plus complète de la garantie de la liberté d'expression. La Cour y a examiné l'interdiction de la publicité destinée aux enfants. Même si, en dernier ressort, l'interdiction a été maintenue en vertu de l'article premier, elle a été reconnue comme une violation de l'al. 2b). La majorité a énoncé la méthode appropriée d'aborder les questions de liberté d'expression, aux pp. 968 et 969:

[D]ans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression».

L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [. . .] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protec-

damental” because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual.

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee . . .

Since *Irwin Toy*, this Court has had several opportunities to examine the *Charter* right of freedom of expression and apply the *Irwin Toy* approach. See for example *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the “*Prostitution Reference*”), in *Rockey v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, and in *Keegstra, supra*. It should be noted that in *Keegstra*, Dickson C.J. emphasized that the content of expression should not be a relevant consideration in the interpretation of s. 2(b) of the *Charter*. Any activity which conveys or attempts to convey a meaning has expressive content, and whether the meaning expressed is “invidious and obnoxious is beside the point” (p. 730).

#### *Application to the Present Case*

At the outset, I should point out that it seems to me obvious that s. 32 of the *Charter* applies to Regulation 7 inasmuch as it emanates from government and that such regulation does qualify as law for the purpose of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Moreover, I do not believe that there is any dispute that airport administrators constitute government officials. These officials also admitted that they had an enduring and intransigent policy prohibiting all forms of solicitation and advertising except perhaps for the sale of poppies by veterans in November. Furthermore, government personnel did forbid the respondents from exercising their activities on government premises, constituting government action. Therefore the refusal of the airport authorities in this case to allow the respondents to distribute publications to

tion est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu.

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie.

Depuis l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a, à maintes reprises, eu l'occasion d'examiner le droit à la liberté d'expression reconnu par la *Charte* et d'appliquer l'approche proposée par cet arrêt. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le «*Renvoi sur la prostitution*»), *Rockey c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, et *Keegstra*, précité. À noter que, dans *Keegstra*, le juge en chef Dickson a souligné que le contenu de l'expression ne devrait pas être un facteur pertinent pour interpréter l'al. 2b) de la *Charte*. Toute activité qui transmet ou tente de transmettre un message a un contenu expressif, et «il est dès lors sans intérêt que» le message y exprimé «soit odieux[x] ou désobligeant [ . . . ]» (p. 730).

#### *Application aux faits de l'instance*

Dès le départ, il me semble évident que l'art. 32 de la *Charte* s'applique à l'art. 7 du Règlement dans la mesure où celui-ci émane du gouvernement et que ce genre de règlement constitue une règle de droit aux fins de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, je ne crois pas que le fait que les administrateurs d'aéroports soient des fonctionnaires fasse l'objet d'un débat. Ces fonctionnaires ont également admis qu'ils avaient, depuis longtemps, une politique intransigeante interdisant toute forme de sollicitation et de publicité, à l'exception peut-être de la vente de coquelicots par les anciens combattants, en novembre. De plus, des employés du gouvernement ont bel et bien empêché les intimés d'exercer leurs activités dans les locaux du gouvernement, ce qui constitue une activité du gouvernement. Par conséquent, le

members of the public, and to discuss with them their political beliefs, must be assessed in the light of the *Charter*. To establish whether s. 2(b) is infringed, the analysis set out in *Irwin Toy* applies.

According to the scheme set out in that case, the first step is to decide whether the activity being limited is "expressive activity". That question presents no difficulty in the present case, as it is clear that the respondents' conduct conveyed or attempted to convey a meaning. Secondly, it must be asked whether the expressive activity takes an unprotected form, such as violence or threats of violence. No objection can be taken to the form of the expressive activity in this case, as it consisted merely of peaceful attempts to gain adherents through distribution of literature and accompanying conversations.

The next stage of the *Irwin Toy* inquiry is to ask whether the purpose of the challenged governmental action is to limit expression. The following passages from *Irwin Toy*, at pp. 974-75, imply that the purpose of the governmental action here, whether it arises from the Regulation, the blanket exclusionary policy of the airport regarding such expression, or the actions of the R.C.M.P. officer and the manager, may be said to curtail expression:

If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of free expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee. On the other hand, where the government aims to control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression. . . .

Thus, for example, a rule against handing out pamphlets is a restriction on a manner of expression and is "tied to

refus par les autorités de l'aéroport, en l'espèce, de permettre aux intimés de distribuer leurs publications aux membres du public et de discuter avec eux de leurs croyances politiques doit être évalué à la lumière de la *Charte*. L'analyse proposée dans l'arrêt *Irwin Toy* s'applique donc pour déterminer s'il y a eu violation de l'al. 2b).

Selon ce que prescrit cet arrêt, la première étape consiste à déterminer si l'activité ainsi restreinte constitue une «activité expressive». Cette question ne pose aucun problème en l'espèce, puisqu'il est clair que, par leur conduite, les intimés transmettaient ou tentaient de transmettre un message. Deuxièmement, il faut se demander si l'activité expressive emprunte une forme non protégée, comme la violence ou les menaces de violence. La forme de l'activité expressive en l'espèce ne peut soulever d'objection puisqu'il s'agissait simplement de tentatives pacifiques de recruter des membres par la distribution de documents et les conversations qui s'ensuivent.

L'étape suivante de l'approche recommandée dans *Irwin Toy* est de se demander si l'acte gouvernemental contesté a pour objet de restreindre l'expression. Des extraits suivants, tirés des pp. 974 et 975 de l'arrêt *Irwin Toy*, l'on peut conclure que l'action gouvernementale, ici en question, qui découle du règlement, de la politique générale d'exclusion de ce genre d'expression à l'aéroport ou des actes accomplis par l'agent de la GRC et le directeur, avait pour objet de restreindre l'expression:

Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression . . .

Ainsi, par exemple, une règle qui interdit la distribution de tracts restreint un mode d'expression et est «liée au

content”, even if that restriction purports to control litter. The rule aims to control access by others to a meaning being conveyed as well as to control the ability of the pamphleteer to convey a meaning. To restrict this form of expression, handing out pamphlets, entails restricting its content. By contrast, a rule against littering is not a restriction “tied to content”. It aims to control the physical consequences of certain conduct regardless of whether that conduct attempts to convey meaning. To restrict littering as a “manner of expression” need not lead inexorably to restricting a content.

However, even if the purpose itself is not primarily to restrict freedom of expression, which may well be the case here, the *Irwin Toy* majority also recognized that the *Charter* breach will still obtain if the “effect” restricts freedom of expression:

Even if the government’s purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff’s free expression.

If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step in the analysis is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee.

If the government’s purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government’s action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing. *Irwin Toy*, at pp. 976-79.

There is no doubt that if the purpose of the Regulation here in question is not to restrict political expression, then the effect most certainly is. Therefore, s.

contenu», même si cette restriction a pour but de préserver la propreté d’un lieu public. La règle vise à contrôler l’accès à un message transmis ainsi qu’à contrôler la possibilité pour l’auteur du tract de transmettre un message. Restreindre le mode d’expression, c’est-à-dire la distribution de tracts, emporte une restriction sur son contenu. Par contre, une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n’est pas une restriction «liée au contenu». Elle vise à régir les conséquences matérielles d’une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification. Restreindre les déchets dans les rues, en tant que «mode d’expression», ne revient pas toujours à restreindre un contenu.

Cependant, même si on devait conclure que le but poursuivi n’était pas principalement de restreindre la liberté d’expression, ce qui peut bien être le cas en l’espèce, la majorité a également reconnu, dans *Irwin Toy*, qu’il y avait quand même atteinte à la *Charte* si l’«effet» était de restreindre la liberté d’expression:

Même si le but poursuivi par le gouvernement n’était pas de contrôler ou restreindre la transmission d’une signification, la Cour doit encore décider si l’action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d’expression de la demanderesse.

Si l’activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l’analyse consiste à déterminer si l’objet ou l’effet de l’action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d’expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d’une signification soit en restreignant directement le contenu de l’expression soit en restreignant une forme d’expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie.

Si le gouvernement n’avait pas pour objet de restreindre la liberté d’expression, le demandeur peut encore prétendre que l’effet de l’action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l’enrichissement et l’épanouissement personnels. *Irwin Toy*, aux pp. 976 à 979.

Il est indéniable que si, en l’espèce, le règlement n’a pas pour objet de restreindre l’expression politique, il en a certainement l’effet. Par conséquent, il y

2(b) of the *Charter* has been breached. The provision categorically excludes advertising and solicitation, and is applied to all such activity except, we are told, veterans selling poppies in November. Hence, aside from that exception, the Regulation is invoked uniformly; it reflects an invariable practice of prohibiting all means of expression, and thus constitutes a restriction of the guaranteed freedom according to the criteria enunciated above.

However, this case also raises an additional element in the equation. The events in question here occurred on government property. How does this affect the right of freedom of expression and prospective limitations with respect to that right? The government has argued that its proprietary rights are no different from private property rights generally, and thus it should be allowed to control all activity and exclude others as it sees fit. The respondents have argued that because certain types of government property have a public function and character—streets, squares, and parks are notable examples—the properties should therefore be completely open to public manifestations of free expression.

In the United States, a “public forum” has traditionally been construed as a place where all persons have a *prima facie* right to express their views by any means at their disposal, subject only to reasonable “time, place and manner” restrictions. The respondents have urged this Court to adopt the “public forum” doctrine, and to include airports within its scope. The implications of both the doctrine itself and the analysis of time, place, and manner restrictions will be considered in greater detail when evaluating the effect of s. 1 on the disputed regulations.

The Attorney General for Ontario (“A.G.O.”), an intervener in this appeal, has recommended a middle ground. It has also introduced the term “public arena” to avoid confusion with the American taxonomy where the term “public forum” has caused some confusion, especially regarding the application of formulaic tests from which this Court, in my view, ought to steer clear. What constitutes a “public arena”, and its appropriate role in interpreting our

a eu atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Le règlement exclut catégoriquement la publicité et la sollicitation et s'applique à toute activité de ce genre sauf, nous dit-on, à la vente de coquelicots par les anciens combattants, en novembre. À part cette exception, le règlement est donc appliqué de façon uniforme; il reflète une pratique invariable de prohibition de tous les moyens d'expression et constitue donc une restriction de la liberté garantie, selon le test énoncé ci-dessus.

Toutefois, l'équation comporte en l'espèce un élément additionnel. Les événements se sont produits sur la propriété du gouvernement. En quoi cela affecte-t-il le droit à la liberté d'expression et les restrictions possibles de ce droit? Le gouvernement a prétendu que son droit de propriété ne diffère aucunement du droit d'un propriétaire privé en général et qu'il devrait donc pouvoir contrôler toute activité et en exclure d'autres comme bon lui semble. Les intimés ont soutenu que, puisque certains types de propriété gouvernementale ont une fonction et un caractère publics—notamment les rues, les places publiques et les parcs—ces propriétés devraient donc être entièrement ouvertes aux manifestations publiques de libre expression.

Aux États-Unis, on a traditionnellement considéré comme «forum public» un endroit où quiconque a le droit *prima facie* d'exprimer ses opinions par les moyens dont il dispose, sous réserve de restrictions raisonnables relatives «aux heures, au lieu et au mode d'expression». Les intimés nous ont pressés d'adopter la théorie du «forum public» et d'inclure les aéroports dans son champ d'application. Les implications de cette théorie ainsi que l'analyse des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression seront examinés plus à fond lors de l'évaluation de l'effet de l'article premier sur le règlement contesté.

Le procureur général de l'Ontario («P.G.O.»), intervenant en l'espèce, a recommandé une solution de compromis. Il a également introduit l'expression [TRADUCTION] «tribune publique» afin d'éviter toute confusion avec la classification américaine où l'expression «forum public» a suscité une certaine ambiguïté, surtout en ce qui a trait à l'application de tests formalistes dont notre Cour, à mon avis, devrait se dissocier. On discutera plus loin de ce qui constitue

own *Charter*, will be explored below. (The A.G.O. took no position as to the outcome of this particular case. He has intervened because of the implications this case could have on the management of provincially owned property in the government of Ontario and for provincial civil trespass law.) The A.G.O. maintains that s. 2(b) is infringed only where a restriction on expressive activity in a public arena is:

- (i) content-based in purpose;
- (ii) content-based in effect; or
- (iii) content-neutral, but not a reasonable restriction on the time, place or manner of expression.

The first two criteria have been discussed in *Irwin Toy* and *Ford*, and are referred to above. Only the third component concerns us here. In this connection, it was argued before the Court that before a breach of s. 2(b) can be established, it must first be shown that a regulation can be characterized as an unreasonable time, place, and manner restriction.

Thus, a variety of perspectives were offered on the "public forum" doctrine, its evolution in the United States, and suggested ways in which it can be incorporated into our own jurisprudence. I found these submissions helpful. Suffice it to say for the moment that, in my view, certain governmental restrictions cannot be automatically excised from the s. 2(b) guarantee strictly on the basis that they do not apply to locations traditionally associated with public expression. While such limitations may prove reasonable, it is a burden that the government must discharge under s. 1. Were a group of demonstrators to choose our own Chambers as a forum for their protestations, the government may legitimately prohibit such activity. However, the attempt to do so would abridge the freedom of expression, albeit in a manner that would likely be demonstrably justified under s. 1.

une «tribune publique» et du rôle que doit jouer ce concept dans l'interprétation de notre *Charte*. (Le P.G.O. ne s'est pas prononcé sur l'issue du litige. Il est intervenu par suite des implications possibles de cette décision sur la gestion des propriétés appartenant au gouvernement de l'Ontario et sur les lois civiles provinciales relatives à la violation de propriété.) Le P.G.O. soutient qu'il n'y a contravention à l'al. 2b) que lorsque la restriction des activités expressives dans une tribune publique est:

- (i) liée au contenu par son objet;
- (ii) liée au contenu par son effet; ou
- (iii) non liée au contenu, mais ne constitue pas une restriction raisonnable quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression.

Les deux premiers critères ont été examinés dans les arrêts *Irwin Toy* et *Ford* et je m'y suis déjà référée. Seul le troisième élément nous intéresse ici. À cet égard, on a soutenu devant nous qu'avant de pouvoir établir qu'il y a eu violation de l'al. 2b), il faut d'abord démontrer qu'un règlement constitue une restriction abusive quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression.

Ainsi, différents points de vue ont été soumis sur la théorie du «forum public», son évolution aux États-Unis et les façons de l'introduire dans notre propre jurisprudence. Ces suggestions m'ont été utiles. Qu'il suffise de dire, pour l'instant, qu'à mon avis certaines restrictions gouvernementales ne sauraient se soustraire automatiquement à la garantie prévue à l'al. 2b) pour l'unique raison qu'elles ne s'appliquent pas à des endroits associés traditionnellement à l'expression publique. Même si ces restrictions peuvent s'avérer raisonnables, la preuve en incombe au gouvernement en vertu de l'article premier. Si un groupe de manifestants devait choisir nos propres cabinets comme forum pour y exprimer leurs protestations, il serait légitime pour le gouvernement d'interdire ce genre d'activité. Cependant, cela restreindrait la liberté d'expression, mais d'une façon dont la justification pourrait facilement se démontrer en vertu de l'article premier.

As for time, place, and manner restrictions generally, in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.), at p. 431, Tarnopolsky J.A. held that:

Mere regulation as to time and place, however, cannot be considered an infringement of freedom of expression, unless there is evidence that such regulation in intent or effect adversely impacts upon content or adversely interferes with production, availability and use or determines who can be involved in these.

Under the aforementioned circumstances "mere regulation" may survive a *Charter* challenge, yet such survival, in my view, will hinge on the determination under s. 1. Even when the regulation is content-neutral, both on its face and in its application, it will be up to the government to prove what constitutes reasonable time, place, and manner limitations.

Those arguing for the contrary position have asked rhetorically whether this means that the government's regulation of resources such as CBC radio and television constitutes a restriction on freedom of expression, and hence violates s. 2(b) of the *Charter*. In fact, such restrictions, along with the Judges' Chambers example, are paradigmatic illustrations of (usually) content-neutral, reasonable time, place, and manner regulation. However, as they constitute violations of s. 2(b), they must also be demonstrably justifiable under s. 1 before they can successfully withstand a constitutional challenge.

The public forum discussion alluded to earlier is an important one. It is almost indispensable when evaluating what is a reasonable restriction on "place" in the review of a time, place, and manner regulation. Nevertheless, on the basis of our *Charter's* drafting, structure, and subsequent interpretation, such review belongs under s. 1, and I will treat it there. This accords well with the approach taken by this Court in *Irwin Toy, supra*, and with the opinion of Dickson C.J. in *R. v. Keegstra, supra*, particularly at p. 729. Whatever internal limitations may be properly read

Quant aux restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression en général, le juge Tarnopolsky affirme dans *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.), à la p. 431:

[TRADUCTION] De simples règlements portant sur l'heure et le lieu ne peuvent toutefois être considérés comme une atteinte à la liberté d'expression, à moins que le but ou l'effet de ce règlement ne soit défavorable au contenu de l'expression ou n'entrave la production, la disponibilité et l'emploi, ou ne détermine qui peut participer à ces activités.

Dans ces circonstances, un «simple règlement» pourrait être confirmé s'il était contesté en vertu de la *Charte*, mais cette confirmation dépendra, à mon avis, de la démonstration qui pourra être faite en vertu de l'article premier. Même lorsque le règlement n'est pas lié au contenu, tant à sa face même que dans son application, il incombera au gouvernement de démontrer ce qui constitue des restrictions raisonnables quant aux heures, au lieu et au mode d'expression.

Ceux qui prétendent le contraire ont demandé si, en théorie, cela signifiait que le contrôle des ressources du gouvernement, comme la radio et la télévision de Radio-Canada, constitue une restriction à la liberté d'expression et porte donc atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. De fait, ce genre de restrictions, ainsi que celles portant sur les cabinets des juges, sont des exemples typiques de réglementation raisonnable des heures, du lieu et du mode d'expression qui ne sont (habituellement) pas liées au contenu. Cependant, puisqu'elles constituent des violations de l'al. 2b), leur justification doit pouvoir se démontrer en vertu de l'article premier pour pouvoir résister à une contestation constitutionnelle.

La discussion relative au forum public, à laquelle je viens de faire allusion, est importante. Elle est presque indispensable lorsqu'il s'agit d'évaluer ce qui constitue une restriction raisonnable du «lieu» dans le cadre de l'examen d'un règlement relatif aux heures, au lieu et au mode d'expression. Néanmoins, d'après la formulation de la *Charte*, sa structure et l'interprétation qui en a été donnée, cet examen doit s'effectuer en vertu de l'article premier et c'est ce que je ferai. Cela est tout à fait conforme à l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy*,



into s. 2(b) itself, I am of the view that they do not embrace the proscription of nonviolent expression on government property.

If we examine the traditional standards implemented to evaluate the reasonableness of time, place, and manner restrictions in other jurisdictions (notably the United States), we find that generally the burden of proof lies on the government and the criteria are remarkably similar to the s. 1 language. In Canada, no other approach would be consistent with the broad construction of s. 2(b). If the government wants to impose time, place, and manner limitations on the ambit of nonviolent expression, it must bear the burden of justifying these encumbrances. Such interdiction may be rational, but the government must substantiate its legitimacy.

Having concluded that a breach of s. 2(b) of the *Charter* has been established here, can the regulations be upheld as a reasonable limit prescribed by law, "demonstrably justified in a free and democratic society"?

#### Section 1 of the *Charter*

Different justifications have been advanced by the appellant for the analysis under s. 1. Primarily the appellant relies on the fact that the events took place on government property; this, it is argued, gives the government rights incidental to property ownership which allow the limitation of freedom of expression. Further, the appellant suggests that the limits on the expression were reasonable in time, place and manner. I will discuss these in turn as well as other factors bearing on the section 1 issues.

précité, et à l'opinion exprimée par le juge en chef Dickson dans *R. c. Keegstra*, précité, particulièrement à la p. 729. Quelles que soient les limites internes propre à l'interprétation de l'al. 2b), j'estime qu'elles ne comprennent pas l'interdiction de l'expression pacifique sur la propriété du gouvernement.

Si l'on examine les normes traditionnellement utilisées ailleurs (notamment aux États-Unis) pour évaluer le caractère raisonnable des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression, il appert que, de façon générale, le fardeau de preuve incombe au gouvernement et les critères employés sont remarquablement semblables au texte de l'article premier. Au Canada, toute autre approche serait incompatible avec l'interprétation large de l'al. 2b). Si le gouvernement désire imposer des restrictions quant aux heures, au lieu et au mode d'expression pacifique, il doit supporter le fardeau de justifier ces limites. Ces interdictions peuvent être tout à fait rationnelles, mais le gouvernement doit faire la preuve de leur légitimité.

Ayant conclu qu'en l'espèce il y a bel et bien eu atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, il convient maintenant de déterminer si le règlement en litige peut être confirmé pour le motif qu'il constitue une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

#### L'article premier de la *Charte*

L'appelante a soumis différents arguments dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. L'appelante fait essentiellement appel au fait que les événements en cause se sont produits sur la propriété du gouvernement; elle allègue que cela confère au gouvernement des droits accessoires au droit de propriété lui permettant de restreindre la liberté d'expression. En outre, l'appelante soutient que les restrictions imposées quant aux heures, au lieu et au mode d'expression étaient raisonnables. Je vais analyser ces questions à tour de rôle ainsi que d'autres facteurs pertinents à l'article premier.

*A: Government Property*

The appellant takes a hard line in urging this Court to allow the appeal, submitting that as owner of property, the government has the right to exclude whom-  
 ever it wants, and to impose conditions on invitees to its property without limitation by the *Charter*:

[TRANSLATION] It is therefore accurate, in our view, to state that the Charter did not have the effect of reducing in any way the government's rights and prerogatives as an owner.

Taken to their extreme, the consequences of such a determination would undermine the crucial function of government and the responsibility it bears to its constituents. If the government had complete discretion to treat its property as would a private citizen, it could differentiate on the basis of content, or choose between particular viewpoints, and grant access to sidewalks, streets, parks, the courthouse lawn, and even Parliament Hill only to those whose message accorded with the government's preferences. Such a standard would be antithetical to the spirit of the *Charter*, and would stultify the true import of freedom of expression.

When calibrating the s. 1 barometer, the political quality of the stifled expression must be weighed against whatever governmental arguments are raised in opposition. Unlike the American system whereby delineated tests are required for the various "types" of expression, our s. 1 is flexible enough to accommodate all these types, the result depending on what objectives are put forward by the government, and what means are selected to advance these objectives. This enables us to construct a contextual rather than a categorical approach, focusing not only on the scope of the right, but also on the setting in which the freedom of expression claim is made. As Wilson J. explained in *Edmonton Journal v. Alberta*, *supra*, at pp. 1355-56:

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has

*A: Propriété du gouvernement*

L'appelante argumente avec fermeté qu'il y a lieu pour notre Cour d'accueillir le pourvoi, alléguant qu'à titre de propriétaire, le gouvernement a le droit d'exclure qui il veut et d'imposer des conditions à ceux qu'il invite dans sa propriété, sans aucune restriction, indépendamment de la *Charte*:

Il nous apparaît donc juste d'affirmer que la Charte n'a pas eu pour effet de diminuer de quelque façon que ce soit les droits et prérogatives du gouvernement à titre de propriétaire.

Poussé à l'extrême, ce genre d'affirmation aurait pour conséquence de miner la fonction cruciale du gouvernement et ses responsabilités envers ses citoyens. Si le gouvernement avait le pouvoir discrétionnaire de traiter sa propriété comme le ferait un particulier, il pourrait adopter des normes différentes sur la base du contenu ou privilégier certains points de vue, donner accès aux trottoirs, aux rues, aux parcs, à la pelouse d'un palais de justice et même à la Colline parlementaire, aux seules personnes dont le message serait conforme aux préférences du gouvernement. Pareille norme serait tout à fait contraire à l'esprit de la *Charte* et enlèverait toute valeur au concept même de la liberté d'expression.

Dans le calibrage du baromètre que constitue l'article premier, le caractère politique de l'expression réprimée doit être évalué en fonction des arguments soulevés à son encontre par le gouvernement. Contrairement au régime américain où des critères bien déterminés sont requis pour les différents «types» d'expression, notre article premier est assez souple pour convenir à tous ces types, le résultat dépendant des objectifs avancés par le gouvernement et des moyens choisis pour les atteindre. Cela nous permet d'adopter une méthode contextuelle plutôt qu'une méthode fondée sur la classification, en insistant non seulement sur la portée du droit mais également sur le cadre dans lequel la liberté d'expression est alléguée. Comme l'expliquait le juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta*, précité, aux pp. 1355 et 1356:

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression

greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

The specific context of this claim is that the respondents are asserting a right to use inexpensive means of communication—leafletting and solicitation—in a government venue that by its nature concentrates a significant number of persons in one place at one time. Furthermore, many of those persons have time to kill and little to do, and so might be more receptive to information and ideas than they would be in other contexts.

The crux of the Government's attempt to defend the provision at issue relates to its property interest in the airport. It relied heavily on the dissent of Pratte J. at the Federal Court of Appeal, who held at p. 74 that:

Dorval airport belongs to the federal government. The government has the same rights as any owner with respect to its property. Its ownership right, therefore, is exclusive like that of any individual. The only qualification to this rule arises from the fact that the property owned by the government is frequently intended for use by the public, which then has a right to use it for the purposes for which the government intends it.

Hence, the s. 1 analysis in this case must be sensitive to the unique relationship between Government and its property. This will be instrumental as well in establishing criteria for what constitutes a "public" place, and what effect that has on the rationalization of freedom of expression limitations.

ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

En l'espèce, le contexte pertinent est le suivant: les intimés affirment leur droit d'utiliser des moyens de communication peu coûteux—la distribution de dépliants et la sollicitation—dans un endroit appartenant au gouvernement qui, par sa nature même, rassemble un nombre important de personnes à un moment déterminé. De plus, bon nombre de ces personnes ont peu de choses à faire pour tuer le temps et sont peut-être plus réceptives à certaines idées et informations qu'en d'autres circonstances.

L'essentiel des arguments du gouvernement, à l'appui de la disposition en cause, porte sur ses droits de propriété afférents à l'aéroport. Il se fonde en grande partie sur l'opinion dissidente du juge Pratte de la Cour d'appel fédérale qui, à la p. 74, a maintenu:

L'aérogare de Dorval appartient au gouvernement fédéral. Le gouvernement possède, à l'égard de ses biens, les mêmes droits que tout propriétaire. Son droit de propriété est donc exclusif comme celui des individus. Le seul tempérament dont soit assortie cette règle vient de ce que, très souvent, les biens qui appartiennent à l'État sont destinés à être utilisés par le public qui, alors, a le droit de s'en servir pour les fins auxquelles l'État les a destinés.

L'analyse fondée sur l'article premier en l'espèce doit donc être sensible aux liens uniques qui existent entre le gouvernement et sa propriété. Cette analyse nous permettra également de formuler un test pour définir ce qui constitue un lieu «public» et ses effets sur la rationalisation des restrictions de la liberté d'expression.

Freedom of Expression and its Relationship to Public Property

This Court has long recognized that freedom of expression could be affected by governmental regulation of public property. In *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, a municipal by-law forbidding the distribution of pamphlets in city streets without the permission of the Chief of Police was struck down as (in the opinion of three justices) *ultra vires* the province. Rand J. stated at p. 332, with respect to the arbitrary discretion of municipal officers and the need to use public property to disseminate ideas:

What is proposed before us is that a newspaper, just as a religious, political or other tract or handbill, for the purposes of sale or distribution through use of streets, can be placed under the uncontrolled discretion of a municipal officer; that is, that the province, while permitting all others, could forbid a newspaper or any other writing of a particular colour from being so disposed of. That public ways, in some circumstances the only practical means available for any appeal to the community generally, have from the most ancient times been the avenues for such communications, is demonstrated by the Bible itself: in the 6th verse of ch. xi of Jeremiah these words appear: "Proclaim all these words in the cities of Judah, and in the streets of Jerusalem"; and a more objectionable interference, short of complete suppression, with that dissemination which is the "breath of life" of the political institutions of this country than that made possible by the by-law can scarcely be imagined.

Kellock J. stressed that a by-law prohibiting all distribution in the streets would raise "entirely different considerations", but this one was objectionable because it allowed the Chief of Police to decide between viewpoints.

An example of how public property is to be contrasted with private property can be found in articles 399 and 400 of the *Civil Code of Lower Canada*:

La liberté d'expression et la propriété publique

Notre Cour reconnaît depuis longtemps que la liberté d'expression peut être touchée par la réglementation gouvernementale de la propriété publique. Dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, un règlement municipal interdisant la distribution de brochures dans les rues de la ville, sans l'autorisation du chef de police, a été annulé pour le motif que (de l'avis de trois juges) il était *ultra vires* de la province. Voici ce qu'a affirmé le juge Rand, à la p. 332, au sujet des décisions arbitraires des fonctionnaires municipaux et de la nécessité de faire appel à la propriété publique pour la dissémination des idées:

[TRADUCTION] Ce que l'on veut nous faire admettre, c'est que l'on puisse placer un journal, tout comme un fascicule ou prospectus d'ordre religieux ou politique destiné à être vendu ou distribué sur la voie publique, sous le pouvoir totalement discrétionnaire d'un fonctionnaire municipal; autrement dit que la province, tout en autorisant la distribution de tous les autres, puisse interdire que l'on distribue de cette manière un journal ou écrit d'une nuance particulière. La Bible elle-même démontre que la voie publique, qui est en certains cas le seul moyen commode dont on dispose pour faire appel à la collectivité, constitue depuis les temps les plus reculés le canal de ce genre de communication. On trouve au 6<sup>e</sup> verset du chapitre XI de Jérémie les mots suivants: «Proclame toutes ces paroles dans les villes de Juda et dans les rues de Jérusalem». Il est difficile d'imaginer, à moins d'une suppression totale, une immixtion plus répréhensible dans cette diffusion, qui constitue le «cœur même» de nos institutions politiques, que celle que rend possible ce règlement.

Le juge Kellock a souligné qu'un règlement interdisant toute distribution de documents dans les rues soulèverait [TRADUCTION] «des questions tout à fait différentes», mais celui-ci était inadmissible parce qu'il permettait au chef de police de faire un choix parmi différentes opinions.

Les articles 399 et 400 du *Code civil du Bas Canada* nous offrent un exemple de la façon dont la propriété publique peut être opposée à la propriété privée:

399. Property belongs either to the Crown, or to municipalities or other corporations, or to individuals.

That of the first kind is governed by public or administrative law.

That of the second is subject, in certain respects as to its administration, its acquisition and its alienation, to certain rules and formalities which are peculiar to it.

As to individuals, they have the free disposal of the things belonging to them, under the modifications established by law.

400. Roads and public ways maintained by the state, navigable and floatable rivers and streams and their banks, the sea-shore, lands reclaimed from the sea, ports, harbours and roadsteads and generally all those portions of territory which do not constitute private property, are considered as being dependencies of the crown domain.

The same rule applies to all lakes and to all non-navigable and non-floatable rivers and streams and their banks, bordering on lands alienated by the Crown after the 9th of February, 1918.

The combined effect of articles 399 and 400 of the *Civil Code of Lower Canada* is that all lands belong to someone. If property rights alone can be invoked to limit, restrain, or abridge a fundamental freedom on any given place of public property, the *Charter's* guarantees lose all meaning—only those holding the property-owner's permission could express themselves.

The obvious negative implications of such a standard have motivated the United States Supreme Court to hold that in some extreme circumstances, such as a company town, even technically private ownership may be tantamount to public ownership for the purposes of expression and debate:

Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it. (*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), at p. 506).

But in *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200, a pre-*Charter* decision, the majority of this Court

399. Les biens appartiennent ou à l'état, ou aux municipalités et autres corporations, ou enfin aux particuliers.

a Ceux de la première espèce sont régis par le droit public ou par les lois administratives.

Ceux de la seconde sont soumis à certains égards pour leur administration, leur acquisition et aliénation, à des règles et formalités qui leur sont propres.

b Quant aux particuliers, ils ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par la loi.

c 400. Les chemins et routes à la charge de l'état, les fleuves et rivières navigables et flottables et leurs rives, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres et les rades et généralement toutes les portions de territoire qui ne tombent pas dans le domaine privé, sont considérées comme des dépendances du domaine d public.

Il en est de même de tous lacs et des rivières et cours d'eau non navigables et flottables et de leurs rives bordant les terrains aliénés par l'État après le 9 février, 1918.

e Lus conjointement, les art. 399 et 400 du *Code civil du Bas Canada* signifient que tout bien-fonds appartient à quelqu'un. Si les droits de propriété pouvaient à eux seuls être invoqués pour limiter, restreindre ou réduire une liberté fondamentale dans un lieu donné constituant une propriété publique, les garanties conférées par la *Charte* perdraient toute signification: seules les personnes autorisées par le propriétaire pourraient s'exprimer.

f Les inconvénients évidents d'une telle norme ont poussé la Cour suprême des États-Unis à conclure qu'en certaines circonstances extrêmes, comme dans le cas d'une ville fermée, même la propriété privée en théorie est assimilable à la propriété publique aux fins d'expression et de discussion:

i [TRADUCTION] La propriété ne signifie pas toujours le contrôle absolu. Plus un propriétaire ouvre sa propriété au public en général, à son avantage, plus ses droits deviennent limités par les droits constitutionnels et légaux de ceux qui utilisent sa propriété. (*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), à la p. 506.)

j Dans l'arrêt *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, rendu avant la proclamation de la *Charte*, notre

held that an employee of a tenant in a shopping centre had no right to picket on the shopping centre sidewalk. The centre, as a matter of policy, had never permitted the distribution of pamphlets or leaflets, or the carrying of placards, within the mall. As Dickson J. wrote for the majority at p. 219:

Anglo-Canadian jurisprudence has traditionally recognized, as a fundamental freedom, the right of the individual to the enjoyment of property and the right not to be deprived thereof, or any interest therein, save by due process of law. The Legislature of Manitoba has declared in *The Petty Trespasses Act* that any person who trespasses upon land, the property of another, upon or through which he has been requested by the owner not to enter, is guilty of an offence. If there is to be any change in this statute law, if A is to be given the right to enter and remain on the land of B against the will of B, it would seem to me that such a change must be made by the enacting institution, the Legislature, which is representative of the people and designed to manifest the political will, and not by the Court.

Chief Justice Laskin dissented, holding at pp. 207-8 that:

The considerations which underlie the protection of private residences cannot apply to the same degree to a shopping centre in respect of its parking areas, roads and sidewalks. Those amenities are closer in character to public roads and sidewalks than to a private dwelling. All that can be urged from a theoretical point of view to assimilate them to private dwellings is to urge that if property is privately owned, no matter the use to which it is put, trespass is as appropriate in the one case as in the other, and it does not matter that possession, the invasion of which is basic to trespass, is recognizable in the one case but not in the other. There is here, on this assimilation, a legal injury albeit no actual injury. This is a use of theory which does not square with economic or social fact under the circumstances of the present case.

In *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), one appellant was a private shopping center which had a policy of not permitting visitors to "engage in any publicly expressive activity" while on the premises. The respondents were soliciting signa-

Cour a toutefois conclu à la majorité qu'un employé d'un locataire d'un centre commercial n'avait pas le droit de faire du piquetage sur le trottoir du centre commercial. Selon sa politique, le centre n'avait jamais autorisé la distribution de dépliants ou de brochures, ni le port de pancartes, à l'intérieur du centre. Le juge Dickson a affirmé ce qui suit au nom de la majorité, à la p. 219:

La jurisprudence anglo-canadienne reconnaît traditionnellement comme une liberté fondamentale le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé, même partiellement, si ce n'est pas l'application régulière de la loi. La législature du Manitoba a édicté dans le *Petty Trespasses Act* que quiconque entre illégalement dans un terrain appartenant à une autre personne malgré l'interdiction du propriétaire d'y entrer ou d'y passer, est coupable d'une infraction. Si cette loi doit être modifiée, si l'on doit permettre à A d'entrer sur le terrain de B et d'y rester contre la volonté de ce dernier, j'estime qu'il revient à l'institution qui l'a édictée, c'est-à-dire à la législature qui représente le peuple et est constituée pour exprimer sa volonté politique, et non au tribunal, d'apporter la modification voulue.

Le juge en chef Laskin a émis l'opinion dissidente suivante, aux pp. 207 et 208:

Les considérations qui sont à la base de la protection des maisons privées ne peuvent pas s'appliquer dans la même mesure à un centre commercial en raison des aires de stationnement, des rues et des trottoirs. Ces installations ressemblent davantage par leur nature aux rues et aux trottoirs publics qu'à une résidence privée. Tout ce que l'on peut théoriquement avancer pour les assimiler à des résidences privées, c'est que si une propriété appartient à quelqu'un, quelle qu'en soit l'utilisation, dans un cas comme dans l'autre il peut y avoir intrusion illicite, et peu importe que la possession, dont la violation constitue le fondement de l'intrusion illicite, existe dans un cas et non dans l'autre. Dans cette hypothèse, on peut conclure à l'existence d'un préjudice en droit, mais pas en fait. Cette théorie ne correspond pas aux données économiques et sociales des circonstances de l'espèce.

Dans *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), une des appelantes exploitait un centre commercial privé qui avait pour politique de ne pas permettre aux visiteurs de [TRADUCTION] «participer à quelque activité d'expression en public» pen-

tures for a political cause. The case was essentially about the right of the appellant to control the use of its property and its right to exclude others, versus the right of the respondents to engage in expressive activity on the shopping mall property. The Court upheld the decision of the California Supreme Court, which interpreted the State Constitution as protecting “speech and petitioning, reasonably exercised, in shopping centers even when the centers are privately owned.” The United States Supreme Court held, at p. 87, that:

Most important, the shopping center by choice of its owner is not limited to the personal use of appellants. It is instead a business establishment that is open to the public to come and go as they please. The views expressed by members of the public in passing out pamphlets or seeking signatures for a petition thus will not likely be identified with those of the owner. Second, no specific message is dictated by the State to be displayed on appellants’ property. There consequently is no danger of governmental discrimination for or against a particular message. Finally, as far as appears here appellants can expressly disavow any connection with the message by simply posting signs in the area where the speakers or handbillers stand. Such signs, for example, could disclaim any sponsorship of the message and could explain that the persons are communicating their own messages by virtue of state law.

However, this distinction is not at issue in this appeal. For our present purposes it is only necessary to consider the *Charter’s* impact on the distribution of leaflets on government property. The *Charter’s* effect on leafletting on private property, as well as whether it gives the media a right of access to public property for the purpose of gathering news, are better left for another day. It would be inappropriate to address these issues here, since the facts of the case at bar do not require their consideration, and because substantially affected interests (such as private property owners) are not represented on this appeal. For a discussion of freedom of expression in the context of

dant qu’ils étaient sur les lieux. Les intimés ont fait signer une pétition en faveur d’une cause politique. Le litige portait essentiellement sur le droit de l’appellante de contrôler l’utilisation de sa propriété ainsi que son droit d’exclure d’autres personnes, au regard du droit des intimés de participer à une activité expressive sur la propriété du centre commercial. La cour a confirmé la décision rendue par la Cour suprême de la Californie qui avait conclu que la constitution de l’État protégeait [TRADUCTION] «la parole et la présentation de pétitions, exercées de façon raisonnable, dans les centres commerciaux, même si les centres appartiennent à des intérêts privés.» La Cour suprême des États-Unis a affirmé ce qui suit à la p. 87:

[TRADUCTION] Il est encore plus important de souligner que le centre commercial, par choix de son propriétaire, n’est pas restreint à l’usage personnel qu’en font les appelants. Il s’agit plutôt d’un établissement commercial ouvert au public qui peut y aller et venir comme bon lui semble. Les opinions exprimées par les membres du public qui distribuent des brochures ou demandent de signer une pétition ne sont donc pas susceptibles d’être identifiées à celles des propriétaires. Deuxièmement, l’État n’ordonne pas qu’un message précis soit affiché sur la propriété des appelants. Il n’y a donc aucune possibilité de discrimination gouvernementale en faveur ou à l’encontre d’un message en particulier. Enfin, en l’espèce du moins, les appelants peuvent nier expressément qu’il existe des liens entre eux et le message transmis en accrochant tout simplement des affiches dans le secteur où se trouvent les orateurs ou les solliciteurs. Ces affiches pourraient prévoir, par exemple, que le propriétaire n’est aucunement responsable du message diffusé et que les personnes disséminent leurs propres messages conformément aux lois de l’État.

Cette distinction ne fait toutefois pas l’objet du présent pourvoi. Aux fins de la présente instance, il suffit de déterminer l’effet de la *Charte* sur la distribution de brochures dans une propriété gouvernementale. Il y a lieu de reporter à plus tard l’étude des effets de la distribution de brochures sur la propriété privée et la question de savoir si cela donne aux médias un droit d’accès à la propriété publique afin de recueillir la nouvelle. Il serait inopportun de soulever ces questions en l’espèce puisque les faits ne l’exigent pas et que les groupes d’intérêts les plus touchés (comme les propriétaires privés) ne sont pas représentés dans ce pourvoi. Pour une étude de la

public and private ownership of property, see Richard Moon, "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339 and "Freedom of Expression and Property Rights" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243 by the same author.

If members of the public had no right whatsoever to distribute leaflets or engage in other expressive activity on government-owned property (except with permission), then there would be little if any opportunity to exercise their rights of freedom of expression. Only those with enough wealth to own land, or mass media facilities (whose ownership is largely concentrated), would be able to engage in free expression. This would subvert achievement of the *Charter's* basic purpose as identified by this Court, i.e., the free exchange of ideas, open debate of public affairs, the effective working of democratic institutions and the pursuit of knowledge and truth. These eminent goals would be frustrated if for practical purposes, only the favoured few have any avenue to communicate with the public.

On the other hand, the *Charter's* framers did not intend internal government offices, air traffic control towers, prison cells and Judges' Chambers to be made available for leafletting or demonstrations. It is evident that the right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private. Such a wholesale transformation of all government property is not necessary to fulfil the *Charter's* purposes, or to avoid a stifling of free expression. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344, while the *Charter* should be given a broad and generous interpretation, "it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question".

The logical compromise then is to recognize that some, but not all, government-owned property is constitutionally open to the public for engaging in expressive activity. Restrictions on expression in particular places will be harder to defend than in others.

liberté d'expression dans le contexte du droit de propriété public et privé, voir Richard Moon, «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, et «Freedom of Expression and Property Rights» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243, du même auteur.

Si les membres du public n'avaient absolument pas le droit de distribuer des brochures ou de participer à une autre activité expressive sur la propriété du gouvernement, sauf avec son autorisation, ils auraient très peu d'occasions d'exercer leur droit à la liberté d'expression. Seuls ceux qui sont assez fortunés pour être propriétaires fonciers ou qui ont accès à d'importants médias (dont la propriété est en grande partie concentrée) pourraient bénéficier de la liberté d'expression. Cela irait à l'encontre des objectifs fondamentaux de la *Charte* qu'a identifiés notre Cour, c'est-à-dire le libre échange des idées, la discussion ouverte des affaires publiques, le fonctionnement efficace des institutions démocratiques et la recherche de la connaissance et de la vérité. Ces objectifs éminemment louables seraient contrecarrés si, pour des raisons d'ordre pratique, seuls de rares privilégiés avaient la possibilité de communiquer avec le public.

D'un autre côté, les rédacteurs de la *Charte* n'avaient sûrement pas l'intention de mettre les bureaux des employés du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les cellules de prison et les cabinets de juge à la disposition des distributeurs de dépliants ou des manifestants. Il est évident que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée. Il n'est pas nécessaire de transformer ainsi toutes les propriétés du gouvernement pour permettre à la *Charte* d'atteindre ses objectifs ou pour éviter la répression de la libre expression. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, bien que la *Charte* doive être interprétée de façon large et libérale, «il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question.»

Pour en venir à un compromis logique, il convient de reconnaître que certaines propriétés gouvernementales, mais non la totalité, sont ouvertes au public, en vertu de la Constitution, afin que le public puisse participer à des activités expressives. Les restrictions



In some places the justifiability of the restrictions is immediately apparent. As Dickson C.J. explained in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 138:

I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

Certain criteria, while not themselves dispositive, can assist in determining what locations are appropriately open for public expression, and bear the earmarks of "public arenas". The status of airports can then be determined in light of these standards.

#### "Public Forums", "Public Arenas", and Airports

In *Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, Beetz J. for the majority expressed the opinion, at p. 797, that "[f]ar from being the object of a right, the holding of a public meeting on a street or in a park may constitute a trespass against the urban authority in whom the ownership of the street is vested", and that freedom of expression could not be relied upon to strike down a by-law prohibiting all demonstrations for one month. However, this was before the *Charter*, and the case is evidence of, if nothing else, an understanding that the law of trespass may act as a legal limit on freedom of expression.

But the distinctive nature of government property whittles away at the application of trespass law. As the United States Supreme Court held in *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16:

Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of

imposées à l'expression seront plus difficilement justifiables en certains lieux qu'en d'autres. Que des restrictions soient justifiées à certains endroits est l'évidence même. Comme l'expliquait le juge en chef Dickson dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 138:

Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Sans être déterminants en soi, certains critères peuvent nous aider à identifier les endroits qui sont appropriés à l'expression publique et qui sont caractéristiques des «tribunes publiques». La situation des aéroports pourra alors être décidée à la lumière de ces normes.

#### «Forums publics», «tribunes publiques» et aéroports

Dans l'arrêt *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, le juge Beetz a émis l'opinion, à la p. 797, au nom de la majorité, que «[l]oin d'être l'objet d'un droit, la tenue d'une réunion publique dans une rue ou dans un parc peut constituer une atteinte aux droits des pouvoirs municipaux qui sont propriétaires de la rue» et que la libre expression ne saurait servir de fondement à l'annulation d'un règlement municipal interdisant toute manifestation pendant un mois. Cet arrêt a toutefois été rendu avant la proclamation de la *Charte* et offre tout au moins la preuve qu'on peut comprendre que les règles de droit relatives à la violation de propriété peuvent constituer une restriction légale de la liberté d'expression.

Mais le caractère distinct de la propriété gouvernementale restreint l'application des règles de droit relatives à la violation de propriété. Comme l'a affirmé la Cour suprême des États-Unis dans *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public. Depuis les temps anciens, cette utilisation des rues et des lieux publics fait partie des privilèges, des immunités, des droits et des libertés

views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied.

And as Harry Kalven, Jr. stated in "The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*", [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, at pp. 11-12:

... in an open democratic society the streets, the parks, and other public places are an important facility for public discussion and political process. They are in brief a public forum that the citizen can commandeer; the generosity and empathy with which such facilities are made available is an index of freedom.

However, even the right of political self-expression is not completely unfettered, and as the U.S. Supreme Court explained in *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), at p. 554:

The rights of free speech and assembly, while fundamental in our democratic society, still do not mean that everyone with opinions or beliefs to express may address a group at any public place and at any time. The constitutional guarantee of liberty implies the existence of an organized society maintaining public order, without which liberty itself would be lost in the excesses of anarchy. [Emphasis added.]

In order to delineate what measures are consistent with and reasonable for the preservation of public order, American courts have enunciated the "public forum" doctrine, mentioned above. Tribe illustrates at p. 987:

The "public forum" doctrine holds that restrictions on speech should be subject to higher scrutiny when, all other things being equal, that speech occurs in areas playing a vital role in communication—such as in those places historically associated with first amendment activities, such as streets, sidewalks, and parks—especially because of how indispensable communication in these places is to people who lack access to more elaborate (and more costly) channels. Public forum

des citoyens. Le droit qu'a un citoyen des États-Unis de se servir des rues et des parcs aux fins de communiquer ses points de vue sur des questions nationales peut être réglementé dans l'intérêt collectif; il s'agit d'un droit non pas absolu mais relatif dont l'exercice doit être subordonné à la convenance et à l'agrément généraux et être en harmonie avec la paix et l'ordre. Il ne doit toutefois pas sous le couvert d'une réglementation être restreint ou supprimé.

Et selon Harry Kalven, Jr. dans «The Concept of the Public Forum: *Cox v. Louisiana*», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] ... dans une société ouverte et démocratique les rues, les parcs et d'autres endroits publics sont des lieux importants pour la discussion publique et pour le processus politique. Ils constituent en somme un forum public que le citoyen peut réquisitionner; la générosité et la compréhension avec lesquelles ces lieux sont mis à la disposition des citoyens sont un indice de liberté.

Cependant, même le droit à l'expression de ses opinions politiques n'est pas absolu comme l'a expliqué la Cour suprême des États-Unis dans *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), à la p. 554:

[TRADUCTION] Même si les droits de parole et de réunion sont fondamentaux dans notre société démocratique, il ne faut quand même pas conclure que toute personne désireuse d'exprimer des opinions ou des croyances peut prendre la parole en public n'importe où et n'importe quand. La liberté garantie par la constitution suppose l'existence d'une société organisée, capable de maintenir l'ordre public sans lequel cette même liberté serait perdue dans les excès de l'anarchie. [Je souligne.]

Afin de déterminer quelles mesures sont raisonnables et compatibles avec l'objectif de maintien de l'ordre public, les tribunaux américains ont élaboré la théorie du «forum public», déjà mentionnée. Tribe en donne une illustration, à la p. 987:

[TRADUCTION] La théorie du «forum public» prévoit que les restrictions à la liberté de parole devraient faire l'objet d'un examen très serré lorsque, en toute égalité, cette parole est prononcée dans des endroits jouant un rôle vital de communication—notamment les lieux traditionnellement associés à des activités prévues dans le Premier amendement, comme les rues, les trottoirs et les parcs—surtout parce que la communication d'idées dans ces lieux est indispensable à ceux qui n'ont pas accès à

analysis adds a frequently significant location-specific dimension—or at least a location-specific *label*—to the threshold inquiry of whether the values of free expression are involved in a given case. In some places, some activities are said to be entitled to greater first amendment protection than the same activities might claim in other places. The designation “public forum” thus serves as shorthand for the recognition that a particular context represents an important channel of communication in the system of free expression. [Emphasis in original.]

The American approach has been severely criticized as being too lenient, heavily result-oriented, and insufficiently sensitive to the subtle opportunities for government suppression of unpopular views through seemingly neutral regulations. See Farber and Nowak, “The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication” (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219; Moon, “Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression”, *op. cit.*; Post, “Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum” (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713; Dienes, “The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis” (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109; Lee, “Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression” (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.

As Farber and Nowak point out at p. 1224:

Our objection to public forum analysis is not that it invariably yields wrong results (although it sometimes does), but that it distracts attention from the first amendment values at stake in a given case. It almost certainly will hinder lower court judges from focusing on those values or from making sense of Supreme Court precedent. Classifying a medium of communication as a public forum may cause legitimate governmental interests to be thoughtlessly brushed aside; classifying it as something other than a public forum may lead courts to

des modes de communication plus élaborés (et plus coûteux). L'analyse du forum public ajoute une dimension souvent importante liée à un lieu donné—ou du moins à une *catégorie* de lieux donnés—à la question de savoir si les valeurs et la libre expression sont visés dans un cas donné. En certains lieux, certaines activités ont apparemment droit à une plus grande protection en vertu du Premier amendement que celle à laquelle ces mêmes activités pourraient avoir droit en d'autres lieux. L'expression «forum public» sert donc à dire sommairement qu'il est reconnu qu'un contexte particulier représente un mode de communication important dans le régime de la libre expression. [En italique dans l'original.]

La vision américaine a été sévèrement critiquée pour le motif qu'elle était trop tolérante, largement liée au résultat et trop peu sensible aux occasions subtiles qui s'offrent au gouvernement de réprimer des opinions impopulaires par l'entremise de règlements apparemment neutres. Voir Farber et Nowak, «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219; Moon, «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression», *loc. cit.*; Post, «Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum» (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713; Dienes, «The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109; Lee, «Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression» (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.

Comme Farber et Nowak l'ont souligné, à la p. 1224:

[TRADUCTION] Nous nous opposons à l'analyse du forum public non pas parce qu'elle donne invariablement lieu à des résultats erronés (bien que ce soit parfois le cas), mais parce qu'elle détourne l'attention des valeurs consacrées dans le Premier amendement qui sont en jeu dans un litige donné. Elle empêchera presque certainement les juges des tribunaux inférieurs de se concentrer sur ces valeurs ou de comprendre la jurisprudence de la Cour suprême. Classer un mode de communication comme forum public peut entraîner la mise à l'écart par mégarde d'intérêts gouvernementaux légitimes; la classification dans une autre catégorie que celle du forum public peut mener les tribunaux à ne pas tenir compte de l'incompatibilité qui existe entre le règlement

ignore the incompatibility of the challenged regulations with first amendment values. [Emphasis added.]

After reviewing several decisions implicating the public forum doctrine, Tribe concluded at pp. 992-93 that:

... whether or not a given place is deemed a "public forum" is ordinarily less significant than the nature of the speech restriction ... even where property does not constitute a public forum, the Court has said that government regulation must ordinarily be content-neutral, and must still be reasonable as to time, place, and manner. To be sure, what the Court views as content-neutral, and what it sees as reasonable, could in theory depend on whether it regards a particular forum as public, or at least semi-public. But since the cases provide scant support for that supposition, and instead suggest that the Court uses "public forum" talk to signal conclusions it has reached on other grounds, it might be considerably more helpful if the Court were to focus more directly and explicitly on the degree to which the regulation at issue impinges on the first amendment interest in the free flow of information; translating this inquiry into public forum language may simply "confuse [ ] the development of first amendment principles." [Emphasis added.]

I agree. An overly rigid categorization focusing exclusively on place would tend to lose sight of the forest for the trees. The First Amendment as well as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were designed to protect people, not places. While certain areas can acquire a distinctive character, and people's expectations may be affected by where they find themselves, the rights and freedoms do not extend to the locations, but rather to the people occupying them.

The Federal Court of Appeal refused to recognize the American "public forum" approach. Applying such a broad prohibition here would virtually deny the government any power to regulate expressive activities at airports, and go beyond the jurisprudence of the U.S. Supreme Court to date. Furthermore, too broad a holding might have far-reaching conse-

contesté et les valeurs consacrées dans le Premier amendement. [Je souligne.]

Après avoir passé en revue plusieurs décisions portant sur la théorie du forum public, Tribe conclut, aux pp. 992 et 993:

[TRADUCTION] ... la question de savoir si un lieu donné est réputé constituer un «forum public» est habituellement moins importante que la nature même de la restriction imposée à la liberté de parole [...] même lorsque la propriété ne constitue pas un forum public, la cour a conclu que les règlements gouvernementaux doivent habituellement être non liés au contenu et être raisonnables quant aux restrictions qu'elle impose aux heures, au lieu et au mode d'expression. Il est certain que ce que la cour considère comme «non lié au contenu» et ce qu'elle juge raisonnable pourrait, en théorie, dépendre de son opinion, à savoir si un forum donné est public ou du moins semi-public. Mais puisque la jurisprudence offre peu d'appui à cette hypothèse, et suggère plutôt que la cour parle de «forum public» pour annoncer les conclusions auxquelles elle est parvenue pour d'autres motifs, il serait peut-être beaucoup plus utile de voir la cour se concentrer plus directement et expressément sur la mesure dans laquelle le règlement en cause porte atteinte à la libre circulation de l'information garantie par le Premier amendement; la transformation de cet examen en termes de forum public risque de confondre tout simplement l'évolution des principes fondés sur le Premier amendement. [Je souligne.]

J'en conviens. Une classification trop rigide portant exclusivement sur le lieu équivaldrait à ne voir que les arbres et non la forêt. Le Premier amendement, tout comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été conçu pour protéger les gens et non les lieux. Bien que certains endroits puissent acquérir un caractère distinct et que les gens puissent avoir des attentes différentes selon le lieu où ils se trouvent, les droits et libertés ne s'appliquent pas aux endroits mais bien aux gens qui s'y trouvent.

La Cour d'appel fédérale a refusé d'adopter le concept américain de «forum public». Appliquer ici un concept aussi large nierait virtuellement au gouvernement tout pouvoir de réglementer les activités expressives aux aéroports et irait encore plus loin que la Cour suprême américaine ne l'a fait jusqu'à maintenant, en plus d'avoir des conséquences considérables

quences for regulation of expressive activities on public property generally.

With this in mind, when designing “made in Canada” criteria for determining what places are to be considered public, I am of the view that we should selectively draw upon some of the American specifications, without importing them wholesale. As stated, the A.G.O. has suggested that we employ the term “public arena” to avoid confusion with the American terminology, and has also offered certain factors to be considered when inquiring as to whether a given place qualifies. The proposed determinants include:

1. The traditional openness of such property for expressive activity.

This criterion is not a *sine qua non* as in the U.S. Absence of tradition would not preclude the declaration of a public arena, as the other factors may very well yield the same conclusion.

2. Whether the public is ordinarily admitted to the property as of right.
3. The compatibility of the property’s purpose with such expressive activities.

If the activity interfered with the property’s purpose, it would be less likely to be justified. Properties with multiple purposes would be problematic under this criterion.

4. The impact of the availability of such property for expressive activity on the achievement of s. 2(b)’s purposes.
5. The symbolic significance of the property for the message being communicated.

This is a contextual criterion, linking the property with the purpose or cause of the demonstration.

6. The availability of other public arenas in the vicinity for expressive activities.

A property would be more open to activities if no other property was available.

pour la réglementation d’activités expressives dans les propriétés publiques en général.

Compte tenu de ce qui précède, j’estime que nous devrions être sélectifs dans l’adoption des normes américaines et non les importer en vrac, afin d’établir des critères purement canadiens pour déterminer quels lieux doivent être considérés comme publics. Comme je l’ai déjà mentionné, le P.G.O. a préconisé l’emploi de l’expression «tribune publique» afin d’éviter toute confusion avec la terminologie américaine; il a également proposé certains facteurs servant à évaluer si un endroit donné peut être considéré comme public. Il s’agit notamment des facteurs suivants:

1. La disponibilité traditionnelle de ce genre de propriété à des fins d’activité expressive.

Ce critère n’est pas une condition essentielle comme c’est le cas aux États-Unis. L’absence de tradition n’empêchera pas la classification d’un endroit comme tribune publique, si les autres facteurs justifient cette conclusion.

2. L’accès du public à la propriété est ordinairement considéré ou non comme un droit.
3. La compatibilité de l’objet de la propriété avec ces activités expressives.

Si l’activité entrave l’objet de la propriété, elle est moins susceptible d’être justifiée. Les propriétés ayant plusieurs objets risquent de poser des problèmes dans l’application de ce critère.

4. Les conséquences de l’accessibilité de cette propriété, à des fins d’activité expressive, sur la réalisation des objets de l’al. 2b).
5. La signification symbolique de la propriété aux fins du message transmis.

Il s’agit d’un critère contextuel, liant la propriété à l’objet ou à la cause de la manifestation.

6. L’accessibilité d’autres tribunes publiques, dans les environs, à des fins d’activité expressive.

Il est plus probable que les activités puissent avoir lieu dans une propriété donnée si aucune autre propriété n’est disponible.

I find these criteria very valuable. While they are not meant to be dispositive in any given case, they do provide useful guidelines. It was submitted that it should be up to the claimant, as part of demonstrating a case of infringement, to show that the property is a “public arena”. If so, then the onus would shift to the government to justify the limitation under s. 1. I disagree for the reasons discussed above. As stated, whether a location qualifies as a “public arena” is simply the “place” component when considering the constitutionality of time, place, and manner regulations generally. Therefore, such place’s classification for constitutional purposes should be evaluated under s. 1.

#### Balancing the Interests at Stake

While the United States Supreme Court has declined to pronounce on whether the “public forum” label should attach to airports, lower courts have held that an airport is a public forum: *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (7th Cir. 1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (9th Cir. 1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (D.C. Cir. 1983). The logic of these cases is that airports have become “contemporary crossroads”; they are functionally equivalent to other public thoroughfares, and should therefore be on the same constitutional footing as streets and parks.

*Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974) involved a challenge by a candidate for political office against an ordinance prohibiting political placards on all buses and streetcars. The Court upheld the regulation. As Douglas J., concurring, expressed at pp. 306-7:

... if we are to turn a bus or streetcar into either a newspaper or a park, we take great liberties with people who

J’estime que ces critères sont très valables. Bien qu’ils ne soient pas censés être déterminants dans une situation donnée, ils constituent un guide utile. On a allégué qu’il devrait incomber au requérant de démontrer que la propriété en question constitue une «tribune publique», dans le cadre de sa preuve qu’il y a eu atteinte à la liberté d’expression. Dans ce cas, le fardeau de preuve retomberait sur le gouvernement qui devrait justifier la restriction en vertu de l’article premier. Je ne suis pas d’accord pour les raisons susmentionnées. Comme je l’ai déjà dit, la question de savoir si un endroit constitue une «tribune publique» ne représente que l’élément de «lieu» dans l’étude de la constitutionnalité des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d’expression en général. Par conséquent, la classification d’un tel lieu à des fins constitutionnelles devrait être évaluée lors de l’analyse fondée sur l’article premier.

#### Évaluation des intérêts en jeu

Bien que la Cour suprême des États-Unis ait refusé de se prononcer sur la question de savoir si les aéroports devraient être qualifiés de «forum public», les tribunaux inférieurs ont conclu qu’un aéroport constituait un forum public: *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (7th Cir. 1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (9th Cir. 1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (D.C. Cir. 1983). Ces décisions sont fondées sur le raisonnement suivant: les aéroports sont devenus les carrefours des temps modernes; de par leurs fonctions, ils sont l’équivalent d’autres voies publiques et devraient donc être sur le même pied constitutionnel que les rues et les parcs.

Dans *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974), il s’agissait de la contestation par un candidat politique d’une ordonnance interdisant l’affichage politique sur tous les autobus et les tramways. La Cour a confirmé le règlement. Comme le juge Douglas l’a affirmé, dans son opinion concordante, aux pp. 306 et 307:

[TRADUCTION] ... si nous devons transformer un autobus ou un tramway en un journal ou en un parc, nous prendrions beaucoup de liberté avec des gens qui, par nécessité, empruntent les transports en commun et

because of necessity become commuters and at the same time captive viewers or listeners.

In asking us to force the system to accept his message as a vindication of his constitutional rights, the petitioner overlooks the constitutional rights of the commuters. While petitioner clearly has a right to express his views to those who wish to listen, he has no right to force his message upon an audience incapable of declining to receive it. In my view the right of the commuters to be free from forced intrusions on their privacy precludes the city from transforming its vehicles of public transportation into forums for the dissemination of ideas upon this captive audience.

Similarly airplanes, even if publicly owned, could not be characterized as a public forum. People who find certain political expression unpleasant or disquieting in a park or on a street can easily move elsewhere. On planes the costs of premature exit are too high. However, bus stations and airports have much more in common with streets and parks than they do with the buses or airplanes which they service. These locations are “contemporary crossroads” or “modern thoroughfares”, and thus should be accessible to those seeking to communicate with the passing crowds.

In order to assess whether airport terminals are properly considered public arenas, we must explore their function in contemporary society. Airport terminals are freely accessible to all members of the public. However, the terminals themselves can be divided broadly into security zones—such as Customs, check-in counters, metal detector surveillance areas, and baggage inspection; and non-security zones—such as lounges, waiting areas, restaurants, gift and cigar shops, newsstands, and the connecting halls and foyers. Certain expressive activity is clearly more compatible within the latter areas than within the former.

Airports also draw a tremendous number of travelers over the course of a day. The Dorval operations manager testified that about 20,000 passengers use the airport daily, often accompanied by other persons. Few locations can parallel this reliable concentration of people. Bus, train and airport terminals are

deviennent par le fait même des spectateurs ou des auditeurs captifs.

Lorsqu’il nous demande d’obliger le système à accepter son message par respect pour ses droits garantis par la Constitution, le requérant oublie les droits constitutionnels des passagers. Bien que le requérant ait bel et bien le droit de faire part de ses opinions à ceux qui veulent bien l’entendre, il n’a aucunement le droit de l’imposer à un auditoire incapable de le refuser. À mon avis, le droit des passagers d’être protégés contre des ingérences forcées dans leur vie privée empêche la ville de transformer ses véhicules en forum destiné à la dissémination d’idées au sein de cet auditoire captif.

De même, les avions ne sauraient être considérés comme un forum public, même s’ils appartiennent à une société publique. Les gens qui trouvent que certaines expressions politiques sont déplaisantes ou gênantes dans un parc ou dans la rue peuvent facilement aller ailleurs. En avion, une sortie prématurée se paie cher. Cependant, les terminus d’autobus et des aéroports ont beaucoup plus de choses en commun avec les rues et les parcs, qu’avec les autobus et les avions qu’ils desservent. Ces endroits sont des carrefours des temps modernes ou des voies contemporaines, et devraient donc être accessibles à ceux qui désirent communiquer avec la foule qui y circule.

Afin d’établir si les aéroports doivent être considérées comme des tribunes publiques, nous devons examiner leur fonction dans la société moderne. Toute la population a libre accès aux aéroports. Cependant, celles-ci peuvent être divisées globalement en zones de sécurité, comme les douanes, les comptoirs d’enregistrement, les secteurs de détection métallique et de contrôle des bagages, et en zones ouvertes, comme les salons, les salles d’attente, les restaurants, les boutiques de cadeaux et de tabac, les kiosques à journaux ainsi que les halls et les foyers qui les relient. Certaines activités expressives sont nettement plus compatibles avec la dernière catégorie qu’avec la première.

Les aéroports attirent également une quantité énorme de voyageurs au cours d’une journée. Le directeur des services de l’aéroport de Dorval a témoigné qu’environ 20 000 passagers empruntent l’aéroport chaque jour, souvent accompagnés d’autres personnes. Peu d’endroits sont susceptibles

indeed modern boulevards, extensions of Main Street. The list of sites traditionally associated with public expression is not static. As means of locomotion progress, people shall begin to gather in areas heretofore unknown. Hence the “traditional” component of the public arena analysis must appreciate the “type” of place historically associated with public discussion, and should not be restricted to the actual places themselves.

This same reasoning applies when assessing the symbolic significance of the property. While the symbolism of a courthouse lawn or Parliament Hill is self-evident, streets and parks have also acquired special significance as places where one can have access to and address his or her fellow citizens on any number of matters. This distinctive attribute does not accrue to a street or a park merely because of its designation. A park has no intrinsic value as a public arena; it only obtains this characteristic because the public chooses to frequent parks. Whether a tree falling in an uninhabited park makes a sound is not a constitutional question. To what extent impediments may be placed upon a person addressing passers-by in a park is.

The same holds true for airport terminals. Respondents did not select the airport in order to convey their message to planes, but rather chose the airport for the people who would be present within it. While airport terminals do not have a monopoly on high concentrations of passers-by, few locations offer similar opportunities to encounter such a wide cross-section of the community. For the aforementioned reasons, and upon consideration of the above factors, the non-security zones within airport terminals, in my view, are properly regarded as public arenas. Therefore, the government cannot simply assert property rights, or claim that expression is unrelated to an airport's function, in order to justify the restriction.

d'offrir une telle concentration de gens. Les terminus d'autobus, les gares et les aéroports constituent de véritables boulevards modernes, la prolongation de la rue principale. La liste des emplacements associés traditionnellement avec l'expression publique n'est pas statique. Au fur et à mesure que les moyens de transport évolueront, les gens commenceront à se rassembler dans des endroits jusque-là inconnus. L'élément «traditionnel» de l'analyse de la tribune publique doit donc s'attarder au «type» d'endroits associés historiquement à la discussion publique, et non pas se restreindre à des endroits en particulier.

Le même raisonnement s'applique à l'évaluation de la signification symbolique d'une propriété. Le symbolisme de la pelouse d'un palais de justice ou de la Colline parlementaire va de soi; cependant, les rues et les parcs ont également acquis une signification particulière: ce sont des endroits accessibles où l'on peut s'adresser à ses concitoyens sur différents sujets. Cette caractéristique distinctive n'est pas rattachée à une rue ou à un parc simplement à cause de leur désignation comme telle. Un parc n'a pas en soi la valeur d'une tribune publique; il ne l'acquiert que parce que la population choisit de fréquenter les parcs. La question de savoir si un arbre fait du bruit en tombant dans un parc désert ne pose pas de question constitutionnelle. Par contre, la question de savoir dans quelle mesure on peut faire obstacle à la personne qui s'adresse aux passants en est une.

Ceci s'applique également aux aéroports. Les intimés n'ont pas choisi l'aéroport afin de transmettre leur message aux avions, mais l'ont plutôt choisi pour les gens qui s'y trouvent. Même si les aéroports n'ont pas le monopole de concentration d'un grand nombre de passants, peu d'endroits offrent autant d'occasions de rencontrer un segment aussi varié de la collectivité. Pour les motifs susmentionnés et après avoir étudié les facteurs qui précèdent, j'estime que les zones non affectées à la sécurité dans les aéroports sont considérées avec raison comme des tribunes publiques. Par conséquent, le gouvernement ne peut pas se contenter d'affirmer ses droits de propriété ou de prétendre que l'expression n'est aucunement liée aux fonctions d'un aéroport pour justifier les restrictions qu'il y impose.



B: *Regulation 7: A Limit Prescribed By Law?*

Before addressing the “demonstrably justified” and “reasonable limits” components of the s. 1 test, I would like to point out that this case raises the preliminary concern of whether the limit at issue is “prescribed by law”. Sections 7(a) and (b) of the regulations are potentially implicated, and are reproduced for convenience:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(a) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(b) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; . . .

The term “prescribed by law” in s. 1 has been examined by this Court in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. At pages 650-51, Le Dain J. followed his own reasons in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645, in formulating this test:

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. The limit may also result from the application of a common law rule.

More recently in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, this Court has applied this test. See also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

As indicated above, Regulation 7 and the actions of the airport officials constitute “law” for the purposes of s. 32 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Do they also constitute “law” for the purposes of s. 1 of the *Charter*?

In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, Wilson J. considered the different uses of the word “law” in the Constitution and, referring to

B: *L'article 7 du Règlement: Est-ce une limite prescrite par une règle de droit?*

Avant d'étudier deux des critères prévus à l'article premier («dont la justification puisse se démontrer» et «dans des limites qui soient raisonnables»), j'aimerais souligner que le présent pourvoi soulève la question préalable de savoir si la restriction en cause est «prescrite par une règle de droit». Puisque les al. 7a) et b) du Règlement risquent d'être concernés, je les reproduis par souci de commodité:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; . . .

Notre Cour a étudié l'expression «prescrite par une règle de droit» au sens de l'article premier, dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Aux pages 650 et 651, le juge Le Dain a repris les motifs qu'il avait rédigés dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 645, pour énoncer les critères suivants:

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. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

Plus récemment, notre Cour a appliqué ces critères dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Voir également *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Tel que déjà souligné, l'art. 7 du Règlement et les gestes accomplis par les fonctionnaires de l'aéroport constituent une «règle de droit» aux fins de l'art. 32 de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Constituent-ils également une «règle de droit» aux fins de l'article premier de la *Charte*?

Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge Wilson a examiné les différents emplois de l'expression «règle de droit»

two different interpretations of the word in the case law, remarked at p. 386:

These two definitions of "law" are obviously quite different. Their difference springs from the fact that s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* serve two very different purposes. Section 52 is animated by the doctrine of constitutional supremacy. As such, a wide view of "law" under that provision is mandated so that all exercises of state power, whether legislative or administrative, are caught by the *Charter*. Section 1, on the other hand, serves the purpose of permitting limits to be imposed on constitutional rights when the demands of a free and democratic society require them. These limits must, however, be expressed through the rule of law. The definition of law for such purposes must necessarily be narrow. Only those limits on guaranteed rights which have survived the rigours of the law-making process are effective. Just as the meaning of "law" in s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, depends on the purpose those sections were meant to achieve, so also does the meaning of "law" in s. 15(1). [Emphasis added.]

Does then Regulation 7 here in debate involve a limit "prescribed by law" of the respondents' s. 2(b) freedom of expression? The Regulation forbids the respondents from exercising their constitutionally entrenched freedom: soliciting support for their groups by distributing leaflets. *Prima facie*, the Regulation appears to limit freedom of expression, here political expression. Does it, however, pass the tests of vagueness and overbreadth? If the law is too vague, it may not constitute a limit "prescribed by law", while if it is overbroad it may not survive the s. 1 *Oakes* analysis.

While vagueness and overbreadth are two distinct concepts, they are often blurred together. A statutory provision may be vague because it is uncertain or imprecise, so that a "citizen of common intelligence must necessarily guess at its meaning" (Carol Rogerson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies

dans la Constitution et, renvoyant à deux interprétations différentes de l'expression en jurisprudence, elle a fait les remarques suivantes à la p. 386:

Ces deux définitions de la «règle de droit» sont évidemment très différentes. Leur différence découle du fait que l'article premier de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent deux objets très différents. L'article 52 s'inspire de la théorie de la suprématie constitutionnelle. À ce titre, une interprétation large de la «règle de droit», dont il est question dans cette disposition est requise de sorte que tous les exercices d'un pouvoir de l'État, de nature législative ou administrative, soient visés par la *Charte*. Par ailleurs, l'article premier vise à permettre que des limites soient imposées aux droits constitutionnels lorsque cela s'avère nécessaire dans une société libre et démocratique. Ces limites doivent cependant être formulées au moyen d'une règle de droit. À cette fin, la définition de l'expression «règle de droit» doit nécessairement être restreinte. Seules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables. Comme le sens de l'expression «règle de droit» à l'article premier de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dépend de l'objet visé par ces dispositions, il en est de même du sens du terme «loi» au par. 15(1). [Je souligne.]

L'article 7 du Règlement faisant l'objet du présent litige impose-t-il une restriction «prescrite par une règle de droit» de la liberté d'expression des intimés, en vertu de l'al. 2b)? Ce règlement empêche les intimés d'exercer leur liberté garantie par la Constitution, c'est-à-dire la sollicitation d'appui envers leur groupe par la distribution de brochures. À première vue, il semble que le règlement restreint la liberté d'expression, de l'expression politique en l'occurrence. Cependant, répond-t-il aux tests de l'imprécision et de la portée excessive d'une loi? Si la règle de droit est trop imprécise, il est possible qu'elle ne constitue pas une limite «prescrite par une règle de droit», tandis que si sa portée est excessive, elle ne résistera peut-être pas à l'analyse fondée sur l'article premier, prévue dans l'arrêt *Oakes*.

Bien que l'imprécision et la portée excessive soient deux concepts distincts, on les confond souvent. Une disposition législative peut être considérée comme imprécise parce qu'elle est vague ou incertaine, de sorte qu'un [TRADUCTION] «citoyen d'intelligence moyenne doive nécessairement en deviner le sens»

Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness” in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), ch. 10, p. 233, at p. 242). When laws are vague, one cannot tell easily whether one’s conduct falls inside or outside the proscribed range of activities. Overbroad laws, on the other hand, are drafted too widely, so that in Rogerson’s words, “if applied literally, [they] have the potential to catch more conduct than the government is constitutionally permitted in the pursuit of its legitimate goals” (p. 241). In my view a vague law that infringes a guaranteed freedom under the *Charter* does not constitute a limit prescribed by law and must be struck for that reason alone as unconstitutional. I propose to discuss Regulation 7 in this context now.

### Vagueness

I approach this issue minding the words of the majority in *Irwin Toy*, *supra*. In that case, the company had argued that the Regulations there in question created an inordinately wide discretion to decide whether advertising was aimed at children. The majority stated, at p. 983:

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no “limit prescribed by law”. [Emphasis added.]

The “void-for-vagueness” doctrine and the related idea of overbreadth are relatively new to Canadian constitutional law, but are strangers neither to the American constitutional jurisprudence nor to European law. Importantly, the roots of the concepts can

(Carol Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness» dans R. J. Sharpe, éd., *Charter Litigation* (1987), ch. 10, p. 233, à la p. 242).

<sup>a</sup> Lorsque les règles de droit sont imprécises, il n’est pas facile de savoir si sa conduite est prévue ou non dans l’éventail d’activités interdites. Par contre, les règles de droit ayant une portée excessive sont rédigées de façon trop libérale de sorte que, selon Rogerson, [TRADUCTION] «si elles étaient appliquées littéralement, [elles] pourraient viser un plus grand nombre de conduites que celles qui, suivant la Constitution, relèvent du gouvernement, dans la poursuite de ses objectifs légitimes» (p. 241). À mon avis, une règle de droit imprécise qui porte atteinte à une liberté garantie par la *Charte* ne constitue pas une restriction prescrite par une règle de droit et doit être annulée pour cette seule raison, puisqu’elle est inconstitutionnelle. Je vais examiner l’art. 7 du Règlement dans ce contexte.

### L'imprécision

<sup>e</sup> J’aborde cette question en tenant compte des propos de la majorité dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité. Dans cet arrêt, la société commerciale avait prétendu que le règlement en litige créait un pouvoir discrétionnaire excessivement large pour déterminer si un message publicitaire était destiné aux enfants. La majorité a affirmé ce qui suit, à la p. 983:

<sup>g</sup> En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L’interprétation de la manière d’appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d’application. Par contre, s’il n’existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n’y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit». [Je souligne.]

<sup>j</sup> La théorie de la «nullité pour cause d'imprécision» et le concept connexe de la portée excessive d’une loi sont relativement nouveaux en droit constitutionnel canadien, ce qui n’est pas le cas en jurisprudence constitutionnelle américaine ou en droit européen. Il

be traced back to the fundamental principle of the rule of law. Before the *Charter*, as Rogerson notes, *supra*, at pp. 242-44, vagueness was not a part of Canadian constitutional law; however, examples of the application of the vagueness doctrine exist in our criminal and administrative law. See for example, *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, and *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498 (Ont. C.A.). Interestingly, Rogerson notes that vagueness does creep into a Canadian division of powers case, in the opinion of Rand J. in *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, at p. 333.

In the context of the *Charter*, this Court has had occasion to consider the concept of vagueness recently in the *Prostitution Reference*, *supra*. In his reasons, Lamer J. (now Chief Justice) stated at p. 1155 that a vagueness analysis could arise under either s. 7 or s. 1 of the *Charter*, and I would limit my comments on vagueness and overbreadth to the context of s. 1.

The doctrine of vagueness finds its sources in the rule of law. See Gary T. Trotter, "LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine" (1988), 62 C.R. (3d) 183, at p. 188; J. C. Jeffries, Jr., "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189. There appear to be two specific concerns underlying the vagueness concept: the citizen should be given proper notice of the law, and no room for arbitrary government action should exist under that law. While these principles find their application mainly in penal matters, it offends neither common sense nor logic that a law which infringes a fundamental right or freedom guaranteed by the *Charter* must also be clear, understandable and not subject to arbitrary application.

Interpreting Article 10 of the European Convention on Human Rights in the *Sunday Times* case, judgment

importe de souligner que le fondement de ces concepts peut être retracé jusqu'au principe fondamental de la suprématie du droit. Avant la proclamation de la *Charte*, comme le souligne Rogerson, *op. cit.*, aux pp. 242 à 244, la notion d'imprécision n'existait pas en droit constitutionnel canadien; il existe toutefois des exemples de l'application de la théorie de l'imprécision en droit criminel et en droit administratif. Voir notamment *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, et *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498, (C.A. Ont.). Il est intéressant de noter que, selon Rogerson, la notion d'imprécision s'est glissée dans un arrêt canadien portant sur le partage des compétences, soit dans l'opinion du juge Rand dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, à la p. 333.

Dans le contexte de la *Charte*, notre Cour a eu l'occasion récemment d'étudier le concept de l'imprécision dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité. Dans ses motifs, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a affirmé à la p. 1155 qu'une analyse du critère de l'imprécision pouvait être faite en vertu tant de l'art. 7 que de l'article premier de la *Charte*. Mes commentaires porteront sur l'imprécision et la portée excessive d'une loi dans le seul contexte de l'article premier.

La thèse de l'imprécision tire son origine de la théorie de la primauté du droit. Voir Gary T. Trotter, «LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine» (1988), 62 C.R. (3d) 183, à la p. 188; J. C. Jeffries, Jr., «Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189. Deux préoccupations particulières semblent être sous-jacentes à la notion d'imprécision: le citoyen doit être avisé en bonne et due forme des règles de droit et ces règles ne devraient laisser aucune place à l'arbitraire dans les mesures gouvernementales. Bien que ces principes s'appliquent surtout en matière pénale, il n'est contraire ni au bon sens ni à la logique qu'une règle de droit qui porte atteinte à un droit fondamental ou à une liberté fondamentale garantis par la *Charte* doive être également claire, compréhensible et d'application non arbitraire.

Appelée à interpréter l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'affaire

of 26 April 1979, Series A, No. 30, at p. 31, the European Court of Human Rights said:

In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". First, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able—if need be with appropriate advice—to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.

In Canada, various courts have now considered the void for vagueness doctrine. While some pre-*Charter* challenges to by-laws have been successful on grounds of vagueness, the first post-*Charter* challenge on this point appears to have been brought before the Ontario Divisional Court in *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, aff'd 45 O.R. (2d) 80 (C.A.) (leave to appeal granted [1984] 1 S.C.R. xi, but appeal discontinued). See also *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (B.C.C.A.); *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65 (C.A.); and *R. v. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595, 27 C.C.C. (3d) 77 (Sup. Ct.).

The vagueness principle and its rationale were well expressed by Hugessen J.A. for the court in *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.), at pp. 89-90:

In my opinion, one of the first characteristics of a reasonable limit prescribed by law is that it should be expressed in terms sufficiently clear to permit a determination of where and what the limit is. A limit which is vague, ambiguous, uncertain, or subject to discretionary determination is, by that fact alone, an unreasonable limit. If a citizen cannot know with tolerable certainty the extent to which the exercise of a guaranteed freedom may be restrained, he is likely to be deterred from conduct which is, in fact, lawful and not prohibited. Uncertainty and vagueness are constitutional vices when they are used to restrain constitutionally protected rights and

*Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, Série A, n° 30, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé ce qui suit, à la p. 31:

Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots «prévues par la loi». Il faut d'abord que la «loi» soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une «loi» qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé.

Au Canada, divers tribunaux ont étudié la théorie de la nullité pour cause d'imprécision. Bien que certains règlements municipaux aient été contestés avec succès pour motif d'imprécision avant la proclamation de la *Charte*, le premier litige, qui a porté sur cette question depuis, semble avoir été soumis à la Cour divisionnaire de l'Ontario, dans *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, conf. par 45 O.R. (2d) 80 (C.A.), (autorisation de pourvoi accordée [1984] 1 R.C.S. xi, mais pourvoi abandonné). Voir également *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (C.A.C.-B.), *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65 (C.A.), et *R. c. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595 (C.S.).

Le juge Hugessen a bien exprimé le principe de l'imprécision et sa raison d'être, au nom de la cour, dans *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.), aux pp. 89 et 90:

À mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer. Le seul fait qu'une limite soit vague, ambiguë, incertaine ou assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suffit à en faire une limite déraisonnable. Si un citoyen ne peut déterminer avec un degré de certitude tolérable dans quelle mesure l'exercice d'une liberté garantie peut être restreint, il est probable que cela le dissuadera d'adopter certaines conduites qui, en fait, n'étant pas interdites, sont licites. L'incertitude et l'imprécision

freedoms. While there can never be absolute certainty, a limitation of a guaranteed right must be such as to allow a very high degree of predictability of the legal consequences.

The same point is made in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), at p. 158.

Lamer J. expanded, at p. 1152, of his reasons in the *Prostitution Reference*:

It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of those entrusted with law enforcement is limited by clear and explicit legislative standards.

For an analysis of the cases up to the *Prostitution Reference*, see Don Stuart, "The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth" (1990), 77 C.R. (3d) 101; see also Professor Stuart's *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at pp. 16-25; Trotter's comment, *op. cit.*, on *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157 (C.A.).

The American jurisprudence provides some insight in this area. While the original cases dealt with vagueness only in the context of due process, the United States Supreme Court has more recently considered vagueness in the challenge of laws invasive of fundamental freedoms. Indeed, the U.S. Supreme Court has accorded stringent scrutiny to cases involving fundamental freedoms such as speech in the First Amendment, which my colleague Lamer J. has examined in the *Prostitution Reference*. Although I do not find it necessary here to repeat this exercise, the case of *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), is of interest. It dealt with an anti-noise statute invoked to prohibit disturbances of the peace. The United States Supreme Court expressed the doctrine in these terms, at pp. 108-9:

sont des vices d'ordre constitutionnel lorsqu'elles servent à restreindre des droits et libertés garantis par la Constitution. Bien qu'il ne puisse jamais y avoir de certitude absolue, une limite imposée à un droit garanti doit être telle qu'il sera très facile d'en prévoir les conséquences sur le plan juridique.

Des remarques similaires ressortent de *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), à la p. 158.

Le juge Lamer a développé ce raisonnement, à la p. 1152, de ses motifs dans le *Renvoi sur la prostitution*:

Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites.

Pour une analyse de la jurisprudence antérieure au *Renvoi sur la prostitution*, voir Don Stuart, «The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth» (1990), 77 C.R. (3d) 101; voir également professeur Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 16 à 25, et le commentaire de Trotter, *op. cit.*, sur *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157 (C.A.).

Dans ce domaine, la jurisprudence américaine est d'une certaine utilité. Même si, à l'origine, les arrêts portaient sur l'imprécision dans le seul contexte du *due process*, la Cour suprême des États-Unis a récemment tenu compte du principe de l'imprécision dans le cas de contestation de lois portant atteinte à des libertés fondamentales. De fait, la Cour suprême des États-Unis a utilisé un critère très exigeant dans des affaires portant sur les libertés fondamentales comme la liberté de parole garantie par le Premier amendement dont mon collègue le juge Lamer a fait état dans le *Renvoi sur la prostitution*. Bien que je ne croie pas nécessaire de répéter ici l'exercice, l'arrêt *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), est intéressant. Il portait sur une loi antibruit interdisant de troubler la paix. La Cour suprême des États-Unis a énoncé la théorie de la façon suivante, aux pp. 108 et 109:

It is a basic principle of due process that an enactment is void for vagueness if its prohibitions are not clearly defined. Vague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly . . . . Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an *ad hoc* and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application. Third, but related, where a vague statute "abut[s] upon sensitive areas of basic First Amendment freedoms," it "operates to inhibit the exercise of [those] freedoms." Uncertain meanings inevitably lead citizens to "steer far wider of the unlawful zone" . . . than if the boundaries of the forbidden areas were clearly marked. [Emphasis added.]

The same rationale applies in Canada, although our analysis need not be encumbered by the American difficulties because s. 1 of our *Charter* provides the necessary framework.

Applying these basic notions to Regulation 7 here in question, the Regulation does not, in my opinion, meet the standards necessary to defeat a challenge for vagueness. It has failed to offer an "intelligible standard" that would enable a citizen to regulate his or her conduct: see *Irwin Toy, supra*, at p. 983. Upon reading the Regulation, one cannot tell even on careful reflection whether one's conduct would fall inside or outside the conduct proscribed. Confusion necessarily follows. This is demonstrated by s. 7(a), which prohibits "any business or undertaking, commercial or otherwise" from the airport. What kind of non-commercial undertakings are permitted? Which are not? Clearly poppy sales are allowed, but we know nothing of other exceptions. When a law can be read, in effect, as an attempt to eradicate all types of expression, and at the same time be read more narrowly to exclude only certain types of expression, the citizen does not know what to do. In all likelihood, the person will exercise caution. This does not create

[TRADUCTION] C'est un principe fondamental de l'application régulière de la loi qu'une loi est nulle pour cause d'imprécision si les interdictions qu'elle contient ne sont pas définies clairement. Les lois imprécises portent atteinte à plusieurs valeurs importantes. Premièrement, parce que nous tenons pour acquis que l'homme est libre d'agir légalement ou illégalement, nous tenons à ce que les lois permettent à la personne d'intelligence moyenne d'avoir une possibilité raisonnable de savoir ce qui est interdit afin d'agir en conséquence. [. . .] Deuxièmement, si l'on veut prévenir l'application arbitraire et discriminatoire des lois, celles-ci doivent prévoir des normes explicites à l'intention de ceux qui les appliquent. Une loi imprécise délègue de façon inadmissible aux policiers, aux juges et aux jurys qui y répondent de façon ponctuelle et subjective avec les risques que comporte l'application arbitraire et discriminatoire de la loi. Troisièmement, de façon connexe, lorsqu'une loi imprécise «s'attaque à des secteurs délicats des libertés fondamentales garanties par le Premier amendement», elle «a pour effet d'interdire l'exercice de [ces] libertés.» L'incertitude de la règle pousse inévitablement les citoyens à «s'éloigner beaucoup plus de la zone illégale» [. . .] que si les limites des zones interdites étaient démarquées clairement.» [Je souligne.]

Le même raisonnement s'applique au Canada, bien que notre analyse ne soit pas grevée des difficultés américaines puisque l'article premier de notre *Charte* offre un cadre pertinent.

Appliquant ces notions fondamentales à l'art. 7 du Règlement ici en litige, j'estime que cette disposition ne répond pas aux normes nécessaires pour faire échec à une contestation fondée sur l'imprécision. Elle ne prévoit pas de «norme intelligible» qui permettrait au citoyen de régler sa conduite; voir *Irwin Toy*, précité, à la p. 983. À la lecture de la disposition, et même après mûre réflexion, il n'est pas possible de savoir si sa conduite correspond ou non à la conduite interdite, ce qui est nécessairement source de confusion. L'alinéa 7a), qui interdit «une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre» dans un aéroport, en est la preuve. Quel genre d'entreprise non commerciale est permise? Lesquelles sont interdites? De toute évidence, la vente de coquelicots est permise, mais nous ne connaissons aucune autre exception. Lorsque, de fait, on peut interpréter une loi comme étant une tentative d'exclure tout genre d'expression, et qu'en même temps on peut l'interpréter plus restrictivement de façon à exclure seulement certains

circumstances in which fundamental freedoms are fully exercised—far from it. While one must be mindful of certain restrictions of language which necessitate a degree of interpretation by the courts and various government officials, when a fundamental freedom is encroached by vague statutory language, the result is that the freedom is not fostered. The specific wording of s. 1 of the *Charter* should be heeded, because s. 1 not only allows government to limit reasonably the rights and freedoms in the *Charter*, it also provides the guarantee of these rights and freedoms. Dickson C.J. points out in *Keegstra, supra*, at p. 736:

As this Court has said before, the premier article of the *Charter* has a dual function, operating both to activate *Charter* rights and freedoms and to permit such reasonable limits as a free and democratic society may have occasion to place upon them . . . .

Rights and freedoms must be nurtured, not inhibited. Vague laws intruding on fundamental freedoms create paths of uncertainty onto which citizens fear to tread, fearing legal sanction. Vagueness serves only to cause confusion and most people will shy from exercising their freedoms rather than facing potential punishment.

In addition, the Regulation provides that “except as authorized in writing by the Minister, no person shall. . .”. It is clear that the Minister is given a “plenary discretion to do whatever seems best”. That in itself may create a standard which is so vague as to be incomprehensible. In any event, vagueness by virtue of the lack of a comprehensible standard does not accord with the requirement that a limit on a right or freedom be “prescribed by law.”

It could be argued that in a scheme of prior permission, as in the present appeal, the standard is not vague. The reasoning is that such provisions enable citizens to regulate their conduct by making it clear that any person wishing to solicit or advertise must first go to the Minister for permission. However, this merely shifts the problem of arbitrariness from the

types d'expressions, le citoyen ne sait que faire. Selon toute probabilité la personne fera preuve de prudence. Cela ne crée pas un cadre dans lequel les libertés fondamentales sont pleinement exercées, bien au contraire. Même en tenant compte de certaines limites de langage qui nécessitent jusqu'à un certain point l'interprétation des tribunaux et de divers fonctionnaires, lorsqu'une liberté fondamentale est consacrée dans un texte législatif imprécis, elle n'est plus protégée. Le texte de l'article premier de la *Charte* doit avoir préséance, car en plus de permettre au gouvernement de restreindre de façon raisonnable les droits et libertés prévus dans la *Charte*, cet article garantit ces droits et libertés. Le juge en chef Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 736:

Comme l'a déjà dit notre Cour, l'article premier de la *Charte* a la double fonction de rendre effectifs les droits et libertés garantis par la *Charte* et de permettre toute limite raisonnable qu'une société libre et démocratique peut avoir à y imposer . . .

Les droits et libertés doivent être protégés et non entravés. Les lois imprécises qui entravent les libertés fondamentales créent une voie parsemée d'incertitude sur laquelle les citoyens ont peur de s'engager, craignant des sanctions d'ordre juridique. L'imprécision ne sert qu'à semer la confusion, et la plupart des gens éviteront d'exercer leurs libertés plutôt que de risquer une sanction.

En outre, le règlement prévoit que «à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut. . .». Il est clair que le Ministre dispose de «pleins pouvoirs discrectionnaires de faire ce qui lui semble le mieux». En soi, cela peut créer une norme imprécise au point d'être incompréhensible. De toute façon, l'imprécision imputable à l'absence d'une norme compréhensible n'est pas conforme aux principes portant que la restriction d'un droit ou d'une liberté doit être «prescrite par une règle de droit».

On pourrait prétendre que, dans un régime d'autorisation préalable, comme en l'espèce, la norme n'est pas imprécise. On pourrait alléguer que ce genre de dispositions permet aux citoyens de régler leur conduite parce qu'elle établit clairement que quiconque désire faire de la sollicitation ou de la publicité doit d'abord obtenir l'autorisation du Ministre. Cepen-



“prescribed by law” to the “means” branch of the s. 1 test.

Although in my opinion Regulation 7, which clearly restricts freedom of expression, is too vague to constitute a reasonable limit prescribed by law for the purposes of the s. 1 analysis, I prefer to rest my opinion on the reasonableness analysis as explained in *Oakes*. In so doing, and for the particular purposes of the following discussion, I will assume without deciding that the objectives pursued by the government are sufficiently pressing and that the Regulation is rationally connected to those objectives, since I believe that Regulation 7 is overbroad and consequently does not pass the means analysis of *Oakes*.

### C: *Overbreadth*

As I indicated earlier, there is considerable overlap between the overbreadth and vagueness concepts, as the American jurisprudence amply demonstrates. While the topics are nearly always dealt with together, they are distinct. The conceptual distinction was recognized by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Zundel*, *supra*, at pp. 157-58:

Vagueness and overbreadth are two concepts. They can be applied separately, or they may be closely interrelated. The intended effect of a statute may be perfectly clear and thus not vague, and yet its application may be overly broad. Alternatively, as an example of the two concepts being closely interrelated, the wording of a statute may be so vague that its effect is considered to be overbroad. Vagueness or overbreadth, for the purpose of determining the permissibly regulated area of conduct, and whether freedom of expression under s. 2(b) of the Charter has been breached, may be different from vagueness or overbreadth for the purpose of applying the criteria in *Oakes* as to the application of s. 1 of the Charter.

The American approach considers the degree to which the overbroad law encroaches on the ambit of protected freedoms. Tribe makes the following

dant, cela ne fait que déplacer le problème de l'arbitraire de l'élément «prescrit par une règle de droit» à l'élément «moyens» des critères d'application de l'article premier.

a Bien qu'à mon avis l'art. 7 du Règlement, qui restreint nettement la liberté d'expression, soit trop imprécis pour constituer une limite raisonnable prescrite par une règle de droit aux fins de l'analyse de l'article premier, je préfère fonder mon opinion sur l'analyse du caractère raisonnable tel que l'édicte l'arrêt *Oakes*. À cette fin et aux fins précises de l'analyse qui suit, je présumerai, sans pour autant en décider, que les objectifs visés par le gouvernement sont suffisamment urgents et que la disposition a un lien rationnel avec ces objectifs, puisque je crois que la portée de l'art. 7 du Règlement est excessive et qu'en conséquence, cet article ne résiste pas à l'analyse des moyens proposée dans l'arrêt *Oakes*.

### C: *La portée excessive*

e Comme je l'ai déjà souligné, il existe un recoupement important entre les notions de portée excessive et d'imprécision, tel que l'expose amplement la jurisprudence américaine. Bien que ces sujets soient presque toujours traités ensemble, ils demeurent distincts. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu cette distinction conceptuelle dans *R. v. Zundel*, précité, aux pp. 157 et 158:

[TRADUCTION] L'imprécision et la portée excessive d'une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement liées. L'effet recherché d'une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions peuvent être intimement liées, le libellé d'une loi peut être tellement imprécis qu'on juge son effet trop large. L'examen de la nature imprécise d'une loi ou de sa portée excessive en vue de déterminer la sphère de conduite qui peut être réglementée, et de décider s'il y a eu violation de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte, peut être différent de l'examen de la nature imprécise ou de la portée excessive d'une loi en vue de l'application des critères de l'arrêt *Oakes* à l'article premier de la Charte.

j La vision américaine tient compte de la mesure dans laquelle la règle de droit de portée excessive porte atteinte au champ d'application des libertés

remarks to introduce the concept of overbreadth, at p. 1022:

Such overbreadth analysis ordinarily compares the *statutory* line defining burdened and unburdened conduct with the *judicial* line specifying activities protected and unprotected by the first amendment; if the statutory line includes conduct which the judicial line protects, the statute is overbroad and becomes eligible for invalidation on that ground. [Emphasis in original.]

Having already made reference to a general definition of overbreadth, I would only note that the American jurisprudence is replete with issues and various types of overbreadth have been created: see Rogerson, *op. cit.*, at pp. 259-69, and Tribe, *op. cit.*, beginning at p. 1022. Certain remedial alternatives correspond to the various "kinds" of overbreadth, and these options may be relevant to our jurisprudence in an appropriate case. In addition to the Rogerson and Tribe references above, see P.-A. Côté, "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés" (1984), 18 *R.J.T.* 105, at pp. 124-29.

In the *Prostitution Reference*, Lamer J. (as he then was) discussed vagueness and overbreadth in relation to s. 7 of the *Charter*. When dealing however with s. 1 of the *Charter*, the approach is somewhat different. It is against the background of the usual s. 1 analysis that the issue of overbreadth in Regulation 7 should be undertaken. This accords well with the reasoning of Wilson J. in the *Prostitution Reference*, at pp. 1212-15, where my colleague found that the provisions of the *Criminal Code* impugned in that case were too broad in scope to pass the second part of the *Oakes* analysis.

The notion of overbreadth is therefore not foreign to Canadian constitutional law, even if it is currently in a thinly disguised form. The concern is already found in the analysis arising under s. 1 from *Oakes*, *supra*. After considering the importance of the objectives of the impugned law, the analysis goes on to the means chosen to achieve such objectives; the ques-

protégées. Tribe fait les remarques suivantes lorsqu'il introduit la notion de portée excessive à la p. 1022:

[TRADUCTION] Une telle analyse de la portée excessive compare habituellement le processus *législatif* qui définit les conduites visées et celles qui ne le sont pas au processus *judiciaire* qui précise les activités protégées et celles qui ne le sont pas par le Premier amendement; si le processus législatif comprend des conduites protégées par le processus judiciaire, la loi a une portée excessive et peut être invalidée pour cette raison. [En italique dans l'original.]

Ayant déjà fait référence à une définition générale du concept de la portée excessive, j'aimerais seulement souligner ici que la jurisprudence américaine foisonne de litiges en la matière et que différentes notions de portée excessive ont été élaborées: voir Rogerson, *op. cit.*, aux pp. 259 à 269, et Tribe, *op. cit.*, à partir de la p. 1022. Différents remèdes correspondent à ces différentes «notions» et ces différentes options pourraient être utiles à notre jurisprudence, en temps et lieu. En plus de Rogerson et Tribe cités ci-dessus, voir P.-A. Côté, «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984), 18 *R.J.T.* 105, aux pp. 124 à 129.

Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a analysé les concepts d'imprécision et de portée excessive en rapport avec l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, lorsqu'il est question de l'article premier de la *Charte*, l'approche est quelque peu différente. C'est sous l'éclairage de l'analyse habituelle de l'article premier que la question de la portée excessive de l'art. 7 du Règlement doit être examinée. Cela est tout à fait conforme au raisonnement du juge Wilson dans le *Renvoi sur la prostitution*, aux pp. 1212 à 1215, où ma collègue a conclu que les dispositions du *Code criminel* attaquées dans cette affaire avaient une portée trop large pour satisfaire à la deuxième partie du test de l'arrêt *Oakes*.

Le concept de portée excessive n'est donc pas nouveau en droit constitutionnel canadien, même si, à l'heure actuelle, il y est légèrement déguisé. Ce concept est déjà présent dans l'analyse fondée sur l'article premier, prévue dans l'arrêt *Oakes*, précité. Après avoir tenu compte de l'importance des objectifs visés par la règle de droit attaquée, l'analyse

tion becomes whether such means are properly tailored to impair minimally the citizen's right or freedom. It is in the latter analysis that overbreadth is considered.

Does Regulation 7 "cast the net too widely"? Section 7(a) appears to target businesses or similar undertakings within the airports. However, while it may seem merely to restrict commercial activities, the adjectives which follow, "commercial or otherwise", modify the nouns "business or undertaking" and thus tend to preclude such a stringent interpretation. The provision is so broad, especially given the terms "undertaking" and "otherwise", that it can include just about any activity. It certainly can encompass handing out leaflets for a political party. On its face, and certainly in its application, the Regulation reflects a governmental policy administered in a manner that is excessively broad, and hence unconstitutionally invasive of the freedom of expression guarantee.

The words "solicit" and "advertise" in s. 7(b) can similarly cover just about any communication. These terms are neither qualified nor restricted to the commercial setting. In fact, here the respondents were advertising their political party, and were soliciting prospective members. The only element in favour of holding that the Regulation does not apply to this activity is the title, *Government Airport Concession Operations Regulations*, yet that in and of itself cannot be dispositive, particularly in light of the provisions which follow.

Therefore, the problem is not only that the Regulation applies to the activity at issue, but that it applies to virtually all conceivable activity involving freedom of expression at airports. There is evidence that exceptions are made for veterans selling poppies in November, but such selective application of the Regulation should not alone result in a determination that it is not overbroad. Quite the contrary: the fact that the Regulation has application to such an unnecessarily broad range of activity is determinative of the

porte ensuite sur les moyens choisis pour atteindre ces objectifs; il s'agit alors de savoir si ces moyens ont été conçus de façon à porter le moins possible atteinte aux droits ou libertés des citoyens. C'est dans cette deuxième étape que la portée excessive d'une loi ou d'un règlement est examinée.

L'article 7 du Règlement a-t-il une portée trop large? L'alinéa 7a) semble viser les entreprises commerciales ou semblables à l'intérieur des aéroports. Cependant, bien qu'ils semblent restreindre uniquement les activités commerciales, les adjectifs qui suivent, «commerciale ou autre», viennent modifier les mots «activité ou [...] entreprise» et empêchent donc une interprétation aussi stricte. La disposition est rédigée de façon tellement large, compte tenu des termes «activité» et «autre» surtout, qu'elle pourrait comprendre pratiquement n'importe quelle activité. Elle comprend certainement la distribution de brochures pour un parti politique. À sa face même, et par son application, le règlement traduit une politique gouvernementale administrée de façon extrêmement large, empiétant donc de façon inconstitutionnelle sur la garantie de liberté d'expression.

Les mots «solicitation» et «publicité», à l'al. 7b), peuvent également s'appliquer à presque toutes sortes de communications. Ces expressions ne sont ni précisées ni restreintes au domaine commercial. De fait, en l'espèce, les intimés faisaient de la publicité pour leur parti politique et sollicitaient l'adhésion de membres potentiels. Le seul élément qui pourrait permettre de conclure que la disposition du Règlement ne s'applique pas à ce genre d'activités est son titre, *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, qui ne saurait être déterminant, surtout à la lumière des dispositions qui suivent.

Par conséquent, le problème ne résulte pas uniquement du fait que le Règlement s'applique à l'activité en question mais qu'il s'applique à pratiquement toute activité imaginable liée à la liberté d'expression dans les aéroports. La preuve a démontré qu'une exception était faite pour la vente de coquelicots par les anciens combattants en novembre, mais ce genre d'application sélective du Règlement ne devrait pas, à lui seul, nous faire conclure qu'il n'a pas une portée excessive. Au contraire: le fait que le Règlement

overbreadth issue in this case. In her s. 1 analysis in the *Prostitution Reference, supra*, Wilson J. (with whom I concurred) considered the overinclusive scope of the prohibition on communication in s. 195.1 of the *Criminal Code*. It is instructive to review my colleague's comments at pp. 1213-14:

I believe, with respect, that the Attorney General has overlooked a number of significant aspects of the impugned legislation which go directly to the question of its proportionality. The first is that it criminalizes communication or attempted communication for the prohibited purpose in any public place or place open to public view. "Public place" is then expanded in subs. (2) to include any place to which the public have access as of right or by invitation express or implied. In other words, the prohibition is not confined to places where there will necessarily be lots of people to be offended or inconvenienced by it. The prohibited communication may be taking place in a secluded area of a park where there is no-one to see or hear it. It will still be a criminal offence under the section. *Such a broad prohibition as to the locale of the communication would seem to go far beyond a genuine concern over the nuisance caused by street solicitation in Canada's major centres of population. It enables the police to arrest citizens who are disturbing no-one solely because they are engaged in communicative acts concerning something not prohibited by the Code. It is not reasonable, in my view, to prohibit all expressive activity conveying a certain meaning that takes place in public simply because in some circumstances and in some areas that activity may give rise to a public or social nuisance.* [Underlining in original; italics added.]

The identical concerns may be raised about Regulation 7 in the case at bar. The Regulation prohibits all expressive activity in the airport, simply because some activities may be disruptive. It may be that a parade is inappropriate in the airport; that is no reason to prohibit legitimate expression such as private conversation. But that is what this Regulation does.

s'applique à un éventail inutilement large d'activités est déterminant en ce qui concerne la question de la portée excessive en l'espèce. Dans le cadre de l'analyse qu'elle fait de l'article premier, dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge Wilson (à l'opinion de laquelle j'ai souscrit) a examiné le champ d'application trop large de l'interdiction de communication prévue à l'art. 195.1 du *Code criminel*. Il convient de revoir les commentaires formulés par ma collègue aux pp. 1213 et 1214:

Avec égards, je crois que le procureur général a négligé plusieurs aspects importants de la loi constatée qui touchent directement la question de sa proportionnalité. En premier, elle criminalise la communication ou la tentative de communication en vue de l'objet interdit dans tout endroit public ou tout endroit situé à la vue du public. Le paragraphe (2) élargit ensuite la définition d'«endroit public» pour y inclure tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. En d'autres termes, l'interdiction ne se limite pas aux endroits où il y aura nécessairement beaucoup de gens qui seront choqués ou gênés par la communication. La communication interdite peut avoir lieu dans un endroit retiré d'un parc où personne ne peut voir les parties ni entendre la communication. Celle-ci sera néanmoins considérée une infraction criminelle en vertu de l'article. *Une interdiction de portée si large quant au lieu de la communication semble dépasser les limites d'une véritable préoccupation quant à la nuisance créée par la sollicitation de rue dans les principaux centres urbains du Canada. Elle permet aux policiers d'arrêter des citoyens qui ne gênent personne pour la seule raison qu'ils se livrent à des actes de communication concernant quelque chose qui n'est pas interdit par le Code. À mon avis, il n'est pas raisonnable d'interdire toute activité d'expression qui transmet un certain message et se déroule dans un endroit public simplement parce que dans certaines circonstances et dans certains endroits cette activité peut donner lieu à une nuisance publique ou sociale.* [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

Les mêmes préoccupations peuvent se soulever à l'encontre de l'art. 7 du Règlement en litige. Il interdit toute activité expressive dans les aéroports, tout simplement parce que certaines activités pourraient être gênantes. Il est possible qu'un défilé soit inapproprié dans un aéroport; ce n'est pas une raison pour interdire une expression légitime comme les conversations privées. Mais c'est ce que ce règlement fait.

As a result I would conclude for the purposes of this discussion that Regulation 7 is too broad to constitute a reasonable limit on the freedom of expression. I propose now to address the next arguments made by the appellant in attempting to justify the restrictions on the respondents' freedom of expression.

*D: Time, Place and Manner Restrictions*

In spite of my conclusion that Regulation 7 is both vague and overbroad and as such does not pass the s. 1 analysis, I would like to discuss the time, place, and manner restrictions on expressive activity which the appellant has urged us to consider as reasonable limits in a free and democratic society under s. 1.

This "time, place, and manner" terminology has been used extensively in the American jurisprudence, and is described as follows by Farber and Nowak, *op. cit.*, at p. 1237:

Time, place, and manner regulations involve governmental restrictions on the physical impact of all speech, regardless of content. So long as the governmental regulation is uniformly applied, regulation of the physical attributes of speech poses relatively little threat to first amendment values; the first amendment's central prohibition on censorship is not strongly implicated. Although some people may be unable to express themselves in the exact physical manner, location, or time they find most satisfying, this inconvenience hardly seems a radical intrusion into individual autonomy. Furthermore, so long as a time, place, and manner regulation does not effectively prohibit all communication of a message, but instead affects only one channel of communication, there is only a slight loss in the social, or "marketplace," values inherent in the first amendment.

American courts now fastidiously adhere to a three-part test to determine the constitutionality of time, place, and manner regulations, stated succinctly

Par conséquent, je suis d'avis de conclure qu'aux fins de cette analyse, l'art. 7 du Règlement a une portée trop large pour pouvoir constituer une limite raisonnable à la liberté d'expression. Je vais maintenant me pencher sur les autres arguments qu'a fait valoir l'appelante pour justifier les restrictions apportées à la liberté d'expression des intimés.

*D: Restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression*

Malgré ma conclusion que l'art. 7 du Règlement est à la fois imprécis et de portée excessive et qu'à ce titre il ne satisfait pas au test de l'article premier, j'aimerais traiter des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression que l'appelante nous a demandé de considérer comme des limites raisonnables dans une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier.

Cette terminologie afférente «aux heures, au lieu et au mode d'expression» a maintes fois été utilisée dans la jurisprudence américaine, comme le décrivent Farber et Nowak, *loc. cit.*, à la p. 1237:

[TRADUCTION] Les règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression constituent des restrictions gouvernementales sur les effets physiques de toute expression verbale, peu importe son contenu. Tant que les règlements gouvernementaux sont appliqués de façon uniforme, la réglementation des aspects physiques de l'expression verbale constitue une menace relativement minime pour les valeurs véhiculées par le Premier amendement; l'interdiction de censure prévue dans le Premier amendement n'est pas vraiment en cause. Bien que certaines personnes puissent être incapables de s'exprimer à l'heure, à l'endroit et de la façon qui leur plairaient, cet inconvénient ne saurait constituer une ingérence radicale dans l'autonomie de l'individu. En outre, dans la mesure où les règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression n'ont pas pour effet d'interdire toute communication d'un message mais ne font que toucher un mode de communication, il n'y a qu'une légère atteinte aux valeurs sociales, ou de «marché», inhérentes au Premier amendement.

Les tribunaux américains adoptent maintenant, et sans exception, un test en trois volets en vue de déterminer la constitutionnalité des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression, test énoncé brièvement par la Cour suprême des États-Unis dans

by the United States Supreme Court in *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), at p. 177:

... the government may enforce reasonable time, place, and manner regulations as long as the restrictions are "content-neutral, are narrowly tailored to serve a significant government interest, and leave open ample alternative channels of communication."

This language resembles the criteria for evaluating the justification of *Charter* limitations under the s. 1 test. This correlation serves two purposes: it gives greater weight to the assessment of the reasonableness of time, place, and manner regulations under s. 1 rather than under s. 2(b), and it provides a welcome podium from which we can amplify our own standard.

Counsel for the A.G.O. suggested several guidelines to determine the reasonableness of content-neutral time, place, and manner restrictions. First, the measure's purpose must be considered. The more significant the purpose, the greater will be the latitude for regulating time, place and manner of expression. Second, the restriction should be tailored to its objectives, such that it did not overreach its purpose. Third, the courts should consider whether the restrictions are designed in a manner which tends to be free from excessive official discretion or undue arbitrariness. Fourth, courts should assess whether in the circumstances, adequate alternative avenues for expression are left open. Fifth, courts should evaluate the extent to which the restriction ensures that the property at issue can be effectively used by the government and the public for the governmental function or activity for which it was intended, apart from its use as a public arena for expression.

While at first this may appear to derogate from the *Oakes* analysis, in reality it merely restates the qualified *Oakes* test as described by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69:

l'arrêt *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), à la p. 177:

[TRADUCTION] ... le gouvernement peut imposer, par règlement, des heures, un lieu particulier et un mode d'expression raisonnables pourvu que les restrictions «ne soient pas liées au contenu, qu'elles soient strictement conçues pour servir un intérêt gouvernemental important et qu'elles permettent l'exercice de plusieurs autres modes d'expression.»

Ce langage se rapproche du test utilisé pour évaluer la justification des restrictions apportées à la *Charte*, en vertu de l'article premier. Cette corrélation sert à deux fins: elle donne plus de poids à l'évaluation du caractère raisonnable des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression faite en vertu de l'article premier plutôt qu'en vertu de l'al. 2b), et elle nous donne l'occasion opportune d'élaborer nos propres normes.

L'avocat du P.G.O. a proposé plusieurs critères pour établir le caractère raisonnable de restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression qui ne soient aucunement liées au contenu. Premièrement, il y a lieu de tenir compte de l'objet de la mesure. Plus l'objet visé est important, plus grande sera la latitude de réglementer les heures, le lieu et le mode d'expression. Deuxièmement, la restriction devra être formulée en fonction de ses objectifs, de façon à ne pas aller au-delà du but visé. Troisièmement, les tribunaux devraient se demander si les restrictions sont formulées de façon à minimiser le plus possible les pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires excessifs qui sont conférés aux fonctionnaires. Quatrièmement, les tribunaux devraient déterminer si, dans les circonstances, d'autres moyens d'expression adéquats sont disponibles. Cinquièmement, les tribunaux devraient se demander dans quelle mesure la restriction garantit que la propriété en cause peut servir aux fonctions gouvernementales et aux activités prévues pour la population, en plus de son rôle de tribune publique d'expression.

Bien qu'à prime abord ces propositions semblent déroger au test de l'arrêt *Oakes*, en réalité elles ne sont qu'une confirmation des critères y énoncés et précisés par le juge en chef Dickson dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769:

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. [Emphasis added.]

More recently in *Keegstra, supra*, Dickson C.J. noted at p. 735 that, notwithstanding that the *Oakes* framework has been continually reaffirmed by this Court, it would be “dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision, offering nothing more than a last chance for the state to justify incursions into the realm of fundamental rights.” Later at p. 738, Dickson C.J. asserted that a formalistic approach to the *Oakes* analysis must be avoided and that courts should heed the following advice, taken from *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, per La Forest J. at pp. 1489-90:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

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. [Je souligne.]

Plus récemment, dans l’arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson soulignait à la p. 735, que, même si notre Cour a maintes fois approuvé le cadre analytique établi dans l’arrêt *Oakes*, on s’induit «dangereusement en erreur si l’on voit dans l’article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme n’offrant rien d’autre qu’une dernière chance à l’État de justifier des incursions dans le domaine des droits fondamentaux.» Plus loin, à la p. 738, le juge en chef Dickson affirmait qu’il faut éviter une approche formaliste du test de l’arrêt *Oakes* et que les tribunaux devraient tenir compte des conseils suivants, formulés par le juge La Forest dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490:

Il me semble qu’en effectuant cette évaluation en vertu de l’article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu’il faille accorder priorité dans l’équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d’autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

These comments strongly suggest that the *Oakes* approach, especially the second component, is not a talisman or incantation which is dutifully recited in every case. Rather, its purpose is to concentrate the inquiry into reasonableness with sharper resolution. If all restrictions relating to noise, litter, orderliness, and access to property, which may obliquely impinge upon the freedom of expression, had to be predicated upon momentous governmental objectives under the *Oakes* test, government would hardly ever be able to legislate effectively with respect to these matters. In addition, what may be applied strictly in the context of criminal law may warrant more relaxed implementation with respect to social issues.

If the purposes are legitimate, and the measures taken are reasonable having regard to all the circumstances, the standard of absolute minimal impairment need not be applied. If the government was left to prove that it could not have chosen any less intrusive method in every case in which a s. 2(b) breach is advanced, legislative efforts would be hopelessly stultified, and the balancing inherent in s. 1 would be subverted by indefensibly rigorous demands.

Applying even the most relaxed standard of analysis, the question remains as to whether these time, place, and manner regulations were reasonable in the context and circumstances of this particular case. Ignoring the selective application with respect to poppy vendors, does the wording of the provision qualify as a rational means of preserving the government's objectives and purposes? For the reasons stated with respect to the unique character of government property, the purposes would have to extend beyond the mere preservation of the government's property interest and the invocation of the right to control all activity thereon.

The objective would have to relate to the nature of the airport itself, and the need to ensure that it operates safely and efficiently. To that end, the government can impose restrictions regarding who may congregate in specific areas, especially those security

Ces commentaires suggèrent fortement que la théorie avancée dans l'arrêt *Oakes*, surtout dans son deuxième volet, ne constitue pas une prière ou un talisman à invoquer respectueusement dans chaque cas. Elle a plutôt pour but de mettre l'accent sur l'examen du caractère raisonnable pour en faciliter la solution. Si toutes les restrictions relatives au bruit, aux détritus, à l'ordre et à l'accès à la propriété, qui peuvent indirectement porter atteinte à la liberté d'expression, devaient être confirmées en fonction des objectifs gouvernementaux du moment, en vertu des critères énoncés dans *Oakes*, le gouvernement ne pourrait presque jamais légiférer de façon efficace dans ces domaines. De plus, ce qui peut s'appliquer de façon stricte en droit criminel peut nécessiter une application plus libérale en matière sociale.

Si les objectifs sont légitimes et les mesures prises raisonnables, compte tenu des circonstances, il ne sera pas nécessaire d'appliquer la norme de l'atteinte minimale absolue. Si, dans chaque cas où une violation de l'al. 2b) est alléguée, le gouvernement était tenu de démontrer qu'il n'aurait pas pu choisir une méthode moins importune, tous les efforts législatifs seraient rendus vains et l'équilibre inhérent à l'article premier serait renversé par des exigences d'un rigorisme indéfendable.

Même en appliquant ici les critères d'analyse les plus souples, la question se pose de savoir si ces règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression étaient raisonnables dans le contexte et les circonstances particulières de la présente affaire. Abstraction faite de l'application sélective de la règle à l'égard des vendeurs de coquelicots, le texte de la disposition constitue-t-il un moyen rationnel d'atteindre les objectifs et les fins recherchés par le gouvernement? Pour les motifs déjà mentionnés au regard du caractère unique de la propriété gouvernementale, il faudrait pour cela que les objectifs en question aillent bien au-delà de la simple préservation du droit de propriété du gouvernement et de l'invocation du droit de contrôler toutes les activités qui s'y déroulent.

L'objectif doit porter sur la nature de l'aéroport lui-même et sur le besoin d'assurer son exploitation sécuritaire et efficace. À cette fin, le gouvernement peut imposer des restrictions en ce qui concerne les personnes qui sont autorisées à s'assembler dans des



type zones identified above. Airports and planes are recurrent targets of terrorist activity. Precautions are necessary to combat these persistent threats and to minimize their potential repercussions. Ingress and egress to and from the various sectors of the airport should not be unnecessarily obstructed. Access to certain quarters can be limited to specific persons.

These objectives are not only reasonable, but in many instances necessary. Hence, these purposes can clearly anchor content-neutral time, place, and manner regulations to achieve those goals. However, the restrictions imposed by the impugned provision bear no rational connection to the aforementioned objectives. They are broad to the point of being unintelligible. Such a blanket exclusion on any type of activity is clearly violative of the requirements set out above. The case of *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987), involved a ban on all "First Amendment activities" in the airport (which would include not only solicitation and demonstrations, but also reading, thinking, believing, private conversation, etc.). The Court deliberately avoided the public forum question, because, at p. 2572:

We think it obvious that such a ban cannot be justified even if LAX [Los Angeles Airport] were a nonpublic forum because no conceivable governmental interest would justify such an absolute prohibition of speech. [Underlining omitted.]

Furthermore, it was held that even if the ban was in practice meant to apply only to certain types of activity that interfered with the operation of the airport, it was so broadly worded that it would give the airport officials unfettered discretion in administering it.

The provision at issue suffers from the same infirmities. The Minister's discretion seems absolute. The Regulation itself extends to every area of the airport

endroits donnés, notamment les zones de sécurité déjà identifiées. Les aéroports et les avions demeurent des cibles de prédilection pour les terroristes. Il est nécessaire de prendre des précautions pour combattre ces menaces incessantes et en réduire les repercussions possibles. Il ne faudrait pas non plus faire obstacle inutilement aux droits d'entrée et de sortie relatifs aux différents secteurs de l'aéroport. L'accès à certains «secteurs» peut être restreint à des personnes précises.

Ces objectifs sont non seulement raisonnables mais dans bien des cas essentiels. Ils peuvent donc certainement servir de fondement à des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression, qui ne soient aucunement liés au contenu, afin d'atteindre ces buts. Cependant, les restrictions que contient la disposition en litige n'ont aucun lien rationnel avec les objectifs susmentionnés. Elles sont tellement générales qu'elles deviennent inintelligibles. Pareille exclusion globale de tout genre d'activité va nettement à l'encontre des exigences susmentionnées. Dans l'affaire *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987), il s'agissait d'une interdiction de toute «activité visée par le Premier amendement» dans l'aéroport (ce qui comprendrait non seulement la sollicitation et les manifestations, mais également la lecture, la réflexion, la foi, les conversations privées, etc.). La cour a délibérément évité de se prononcer sur la question du forum public parce que (à la p. 2572):

[TRADUCTION] Il nous semble évident qu'une telle interdiction ne peut se justifier même si LAX (l'aéroport de Los Angeles) était un forum non public parce qu'aucun intérêt imaginable du gouvernement pourrait justifier une telle interdiction absolue de la liberté de parole. [Soulignement omis.]

De plus, elle a conclu que même si, en pratique, l'interdiction visait seulement certains types d'activités qui entravaient le bon fonctionnement de l'aéroport, elle était rédigée de façon tellement large qu'elle donnerait aux responsables de l'aéroport pleins pouvoirs discrétionnaires de l'administrer.

La disposition ici en litige souffre des mêmes carences. Le pouvoir discrétionnaire du Ministre semble absolu. Le Règlement s'applique à tous les

and to virtually all types of activities. To the extent that one may think that the provision is not overbroad, i.e., if one endeavoured to delineate precisely what "business or undertaking, commercial or otherwise" was designed to comprehend, or what types of advertising and solicitation were implicated, the very attempt would expose the provision's unintelligible nature. Such ambiguity is wholly irreconcilable with a regulation suppressing freedom of expression.

Needless to say, besides this overbreadth, the contested provision does not, for the same reason, pass the proportionality test. Its impairment, far from being minimal, could not be greater. In my view then, the contested regulation, s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, cannot be saved by s. 1 of the *Charter*.

Even if I were of the view that the Regulation is restricted to commercial activity, I would still conclude that s. 2(b) of the *Charter* was infringed. The policy of the government, as demonstrated by its own interpretation of the Regulation and by its action in this particular case, was clearly that practically no form of expression would be permitted on the Dorval Airport premises. As is the case with the jurisprudence of the United States Supreme Court, constitutional protection is not limited to the legislature context (see *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)). This accords with the decision rendered by this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, which, although rendered in the context of s. 15 of the *Charter*, is applicable as well to s. 32. Here, the RCMP officers clearly were government agents when they forbade respondents from distributing their pamphlets. Therefore, be it a regulation or a policy, government action is clearly involved here, attracting *Charter* review, and the analysis under s. 1 applies.

secteurs de l'aéroport et pratiquement à tous les types d'activités. Dans la mesure où on pourrait croire que la disposition n'a pas une portée excessive, c'est-à-dire si on tentait de définir précisément ce que signifie «activité ou [...] entreprise, commerciale ou autre», ou quel genre de publicité et de sollicitation sont visées, cet exercice mettrait en évidence le caractère inintelligible de la disposition. Pareille ambiguïté est tout à fait inacceptable dans le cas d'un règlement supprimant la liberté d'expression.

Inutile de dire qu'en plus de la portée excessive de la disposition contestée, celle-ci ne répond pas au critère de proportionnalité, et ce, pour les mêmes raisons. L'atteinte qu'elle porte n'est pas minimale; au contraire, elle ne saurait être plus grave. À mon avis, l'article premier de la *Charte* ne saurait sauvegarder la disposition contestée, l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*.

Même si j'estimais que cette disposition s'applique uniquement à l'activité commerciale, je conclurais quand même qu'elle porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Comme le démontre la façon dont il interprète le Règlement et comment il a agi en l'espèce, le gouvernement avait nettement l'intention d'exclure toute forme d'expression dans les locaux de l'aéroport de Dorval. Comme c'est le cas dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, la protection constitutionnelle ne s'applique pas uniquement au contexte législatif (voir *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)). Cette règle est conforme à l'arrêt de notre Cour *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, qui, bien que rendu dans le contexte de l'art. 15 de la *Charte*, s'applique également à l'art. 32. En l'espèce, les agents de la GRC étaient bel et bien des représentants du gouvernement lorsqu'ils ont interdit aux intimés de distribuer leurs brochures. Par conséquent, que ce soit sous forme de règlement ou de politique, il s'agit clairement en l'espèce d'un acte du gouvernement, susceptible d'être examiné en vertu de la *Charte*, et l'analyse fondée sur l'article premier lui est applicable.

### Conclusion

The impugned regulation, on its face and as applied to the activity of the respondents, as well as government policy and action in prohibiting distribution of pamphlets by the respondents at Dorval Airport did have the effect of restricting freedom of expression, and therefore constituted a breach of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In assessing its potential justification under s. 1, on account of its vagueness, Regulation 7 does not constitute a limit prescribed by law. Similarly, because of its overbreadth, Regulation 7 does not pass the means analysis of *Oakes*. In addition to vagueness and overbreadth, the guidelines as to the scope of content-neutral time, place, and manner regulations put this particular attempt outside the boundaries of constitutional permissibility.

While I do not entirely endorse the "public forum" doctrine which has found favour in the American jurisprudence, the qualified definition of "public arenas" is helpful to appraise the reasonableness of any "place" restrictions within contested time, place, and manner regulations. While clearly not dispositive, those areas traditionally associated with, or resembling, sites where all persons have a right to express their views by any means at their disposal should be vigilantly protected from legislative restrictions on speech. That is not to say that no encumbrances of any kind can be imposed, but simply that any prospective conditions will have to be reasonable having regard to all the circumstances.

This particular provision does not even come close to meeting that standard. As a result of its vagueness and overbreadth, there is no foreseeability as to what activity is in fact being proscribed. Furthermore, the unfettered discretion vested in the Minister itself undermines the reasonableness and predictability of the provision's application. Those affected by the Regulation cannot be left to speculate or surmise how or in what circumstances it will be implemented. Such conjecture is incompatible with the spirit, purposes and goals of our *Charter*, and will not pass

### Conclusion

La disposition contestée, à sa face même et par son application à l'activité des intimés, ainsi que les politiques et les actes du gouvernement visant à interdire aux intimés de distribuer des brochures à l'aéroport de Dorval ont eu pour effet de restreindre la liberté d'expression et constituent donc une violation de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Du fait de son imprécision, l'art. 7 ne constitue pas une limite prescrite par une règle de droit et, à ce titre, il ne saurait se justifier en vertu de l'article premier. De même, par sa portée excessive, l'art. 7 ne résiste pas à l'analyse des moyens proposée dans l'arrêt *Oakes*. En plus de l'imprécision et de la portée excessive de la disposition, les lignes directrices relatives au champ d'application des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression, qui ne sont aucunement liés au contenu, excluent cet exercice de la sphère de l'acceptabilité constitutionnelle.

Bien que je n'adopte pas entièrement la théorie du «forum public» si populaire dans la jurisprudence américaine, la définition modifiée de «tribune publique» permet d'évaluer le caractère raisonnable des restrictions afférentes au «lieu» dans le cadre d'un règlement relatif aux heures, au lieu et au mode d'expression. Sans être déterminants, les secteurs traditionnellement associés à des endroits où tout le monde a le droit d'exprimer son opinion par quelque moyen que ce soit, ou à des endroits semblables, devraient être protégés vigilement contre toute restriction législative de la liberté de parole. Cela ne saurait signifier qu'aucune interdiction ne peut être imposée, mais simplement que les conditions éventuelles devront être raisonnables compte tenu de toutes les circonstances.

La disposition visée en l'espèce n'a pas l'ombre d'une chance de répondre à cette norme. En conséquence de son imprécision et de sa portée excessive, il est impossible de déterminer quelles activités sont vraiment interdites. En outre, le pouvoir discrétionnaire absolu dont dispose le Ministre lui-même réduit grandement le caractère raisonnable et la prévisibilité de son application. Les personnes touchées par le Règlement ne devraient pas en être réduites à deviner les cas et circonstances dans lesquels ce règlement sera appliqué. Pareille conjecture est incompatible

constitutional muster: it has not been demonstrably justified in a free and democratic society.

I would therefore dismiss the appeal, with costs, and answer the constitutional questions presented as follows:

1. Are ss. 7(a) and 7(b) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons of Chief Justice Lamer, and Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin. While I agree with the several elements put forward by Chief Justice Lamer and L'Heureux-Dubé J. as pertinent to a determination of the extent of freedom of expression on government property according to ss. 1 and 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I would structure their application as outlined by McLachlin J. with whose reasons I concur. I also adopt the reasons of L'Heureux-Dubé J. as to the interpretation of s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, and its application to the conduct of the respondents.

I would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional questions as does L'Heureux-Dubé J.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—I am in agreement with the reasons of Chief Justice Lamer in so far as they deal with the use of government-owned property by members of the public for the purposes of expressing themselves on various issues, including his suggested method of

avec l'esprit, le but et les objectifs de notre *Charte* et est tout à fait inacceptable sur le plan constitutionnel: la justification de la restriction n'a pas été démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les alinéas 7a) et 7b) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge en chef Lamer et ceux des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Bien que je souscrive aux éléments proposés par le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé, comme pertinents à la définition de la portée de la liberté d'expression dans une propriété du gouvernement selon l'article premier et l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j'en ferais l'application selon le cadre que propose le juge McLachlin aux motifs de laquelle je souscris. J'adopte également les motifs du juge L'Heureux-Dubé quant à l'interprétation et à l'application de l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, à la conduite des intimés.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles comme le fait le juge L'Heureux-Dubé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—Je suis d'accord avec les motifs du juge en chef Lamer dans la mesure où ils ont trait à l'utilisation d'une propriété du gouvernement par des membres du public afin de s'exprimer sur différentes questions, y compris avec la façon dont il pro-

balancing the use ordinarily made of the particular government premises against the interests of an individual desirous of expressing in public an opinion on some matter.

However, I am in agreement with the conclusion reached by Justice L'Heureux-Dubé and her findings that the impugned Regulation contravened s. 2(b) and could not be saved by the provisions of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—This case brings before this Court for the first time the question of the extent of the *Charter* guarantee of free expression on state-owned property. I have had the advantage of reading the reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Chief Justice Lamer. I reach the same conclusion but for different reasons.

I. Section 2(b) of the Charter and State-Owned Property

*Introduction*

L'Heureux-Dubé J. takes the position that all expression on public property falls within s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, with the result that any restrictions which are intended to limit, or which have the effect of limiting expression, must be justified by the government under s. 1 if they are to be saved. The only exception would be for violent or other proscribed forms of expression, which would be excluded from s. 2(b) pursuant to *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. Even expression on "private" state-owned property, such as the Prime Minister's office or a judge's private chambers, would fall under the guarantee of free speech found in s. 2(b) of the *Charter* on her analysis. This means that the main analysis of entitlement to a public forum for purposes of expression falls to be determined under s. 1 of the *Charter*.

Lamer C.J., on the other hand, takes a narrower view of s. 2(b). The guarantee of free expression applies only if the proposed expression does not unduly impair the function of the government prop-

pose de soupeser l'utilisation ordinaire de locaux particuliers du gouvernement en fonction des intérêts d'un individu qui souhaite exprimer publiquement une opinion sur un sujet.

Je suis cependant d'accord avec la conclusion tirée par le juge L'Heureux-Dubé et avec ses constatations que le règlement contesté viole l'al. 2b) et ne saurait être sauvegardé par les dispositions de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Par ce pourvoi, notre Cour est saisie pour la première fois de la question de la portée de la liberté d'expression, garantie par la *Charte*, dans une propriété d'État. J'ai pris connaissance des motifs du juge L'Heureux-Dubé et du juge en chef Lamer. Je tire la même conclusion, mais pour des motifs différents.

I. L'alinéa 2b) de la Charte et la propriété d'État

*Introduction*

Le juge L'Heureux-Dubé est d'avis que toute forme d'expression dans une propriété publique relève de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, par conséquent, le gouvernement doit justifier, en vertu de l'article premier, toutes les restrictions ayant pour but ou pour effet de limiter l'expression, pour qu'elles soient sauvegardées. Seule l'expression de violence et les autres formes d'expression prohibées, qui seraient exclues de l'al. 2b) en vertu de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, font exception. D'après son analyse, même les propriétés d'État «privées», comme le bureau du Premier ministre ou le cabinet privé d'un juge, feraient l'objet de la garantie de liberté d'expression que l'on trouve à l'al. 2b) de la *Charte*. Cela signifie que la principale analyse du droit à un forum public pour fins d'expression doit être faite en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Par ailleurs, le juge en chef Lamer donne une interprétation plus stricte à l'al. 2b). La liberté d'expression n'est garantie que si l'expression projetée ne nuit pas indûment à la fonction de la propriété gouverne-

erty in question. Under this test, much of the balancing of the conflicting interests of the speaker and the state would take place under s. 2(b) of the *Charter*.

I would adopt a position between the two expressed by my colleagues. In my view, the guarantee of free expression in s. 2(b) of the *Charter* cannot reasonably be read as conferring a constitutional right to use all government property for purposes of public expression. Only some expression on some government property is protected by s. 2(b). Like my colleagues, I find guidance in *Irwin Toy*, *supra*. Unlike them, I cannot conclude that the reasoning in *Irwin Toy* supports either the conclusion that s. 2(b) applies to all government property, or the conclusion that it applies only to government property whose function it does not unreasonably impede.

#### *Criteria for the Test Under s. 2(b)*

Freedom of expression does not, historically, imply freedom to express oneself wherever one pleases. Freedom of expression does not automatically comport freedom of forum. For example, it has not historically conferred a right to use another's private property as a forum for expression. A proprietor has had the right to determine who uses his or her property and for what purpose. Moreover, the *Charter* does not extend to private actions. It is therefore clear that s. 2(b) confers no right to use private property as a forum for expression.

The matter is less clear where public property is involved. Since the *Charter* applies to government action, the government must make its property available as a forum for public expression in so far as the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter* so requires. This poses squarely the question of whether s. 2(b) should be read as guaranteeing access to some or all government property for use as a forum for public expression. That is the issue at the heart of this case.

mentale en cause. D'après ce critère, l'évaluation des intérêts opposés de la personne qui s'exprime et de l'État se ferait en grande partie en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*.

a

Je suis d'avis d'adopter une position intermédiaire par rapport à celles de mes collègues. J'estime que la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* ne saurait être interprétée raisonnablement comme conférant un droit constitutionnel d'utiliser toute propriété gouvernementale à des fins d'expression publique. Seules certaines formes d'expression dans certaines propriétés gouvernementales sont protégées par l'al. 2b). À l'instar de mes collègues, je m'inspire de l'arrêt *Irwin Toy*, précité. Contrairement à ces derniers, je ne puis conclure que le raisonnement employé dans *Irwin Toy* justifie la conclusion que l'al. 2b) s'applique à toute propriété gouvernementale ou celle qu'il ne s'applique qu'aux propriétés gouvernementales dont il n'entrave pas la fonction de façon déraisonnable.

#### *Application du critère de l'al. 2b)*

D'un point de vue historique, la liberté d'expression n'implique pas la liberté de s'exprimer où bon nous semble. La liberté d'expression ne comprend pas automatiquement la liberté de forum. Historiquement, par exemple, elle n'a pas conféré le droit d'utiliser la propriété privée d'autrui comme forum pour s'exprimer. Le propriétaire a toujours eu le droit de décider quelles personnes utiliseront sa propriété et à quelles fins elles le feront. En outre, la *Charte* ne s'applique pas aux actes privés. Il est donc évident que l'al. 2b) ne confère aucun droit d'utiliser la propriété privée comme forum pour s'exprimer.

h

La question est moins claire lorsqu'il s'agit d'une propriété publique. Puisque la *Charte* s'applique aux actes du gouvernement, ce dernier doit donner accès à sa propriété, à titre de forum pour l'expression publique, dans la mesure où la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* l'exige. Cela soulève directement la question de savoir s'il faut interpréter l'al. 2b) comme une garantie d'accès à toutes les propriétés gouvernementales, ou à certaines d'entre elles seulement, à titre de forum pour l'expression publique. C'est là le cœur du présent litige.

Three distinct approaches to this question have been put forward. The first is the submission of the government of Canada that there is no constitutional right to use any of its property for purposes of public expression. Only with its permission and where it considers it appropriate should individuals and groups be permitted to speak and demonstrate. The government submits that as the owner of all such property, it has the absolute right to exclude the use of the property for public expression if it chooses. It relies on the fact that the owners of property are generally entitled to control who enters on it and how it is used, a right which extends to the right to control expression on their property. The Crown, it contends, should be placed in no worse position than a private property owner.

At the other extreme is the position which L'Heureux-Dubé J. adopts—that s. 2(b) gives Canadians a constitutional right to use any and all government property for purposes of expression, subject only to such limitations as may be found to be justified under s. 1 of the *Charter*.

Between these two extremes lie intermediate positions (such as that advocated by the Attorney General for Ontario and adopted by Lamer C.J.), which assert that there is a constitutional right to use some but not all government property for purposes of public expression.

Which of these three general approaches should be adopted? The answer, in my view, must be found by considering the shared values which have historically been associated with the concept of freedom of expression. I agree with L'Heureux-Dubé J. that the rights guaranteed by the *Charter* cannot be confined to the ambit of the rights that preceded them. Thus, the guarantee of free expression may be larger in scope than the rights of free speech which existed before the *Charter*. At the same time, however, it is necessary in my view to have recourse to the historical, philosophical and evaluative purposes underlying *Charter* rights in determining their scope. The protection conferred by a right, even *prima facie*, should not go beyond what can be justified, having regard to

Trois points de vue distincts ont été proposés en réponse à cette question. Premièrement, le gouvernement du Canada prétend qu'il n'existe aucun droit constitutionnel d'utiliser quelque'une de ses propriétés à des fins d'expression publique. Ce n'est qu'avec sa permission, et où il le juge à propos, que des individus et des groupes seront autorisés à prendre la parole et à manifester. Le gouvernement prétend qu'en sa qualité de propriétaire de ces biens, il a le droit absolu d'en exclure l'utilisation à des fins d'expression publique, s'il le juge bon. Il se fonde sur le fait que les propriétaires ont habituellement le droit de contrôler l'accès à leur propriété et la façon de l'utiliser, ce qui comprend le droit de contrôler l'expression dans leur propriété. Il prétend que l'État ne saurait être placé dans une situation moins favorable que le propriétaire privé.

À l'autre extrême se situe le point de vue du juge L'Heureux-Dubé: l'al. 2b) donne aux Canadiens le droit constitutionnel d'utiliser toute propriété gouvernementale à des fins d'expression, sous réserve seulement des restrictions qui peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Entre ces deux extrêmes, il existe des positions intermédiaires (comme celle préconisée par le procureur général de l'Ontario et adoptée par le juge en chef Lamer) portant qu'en vertu de la Constitution il existe un droit d'employer certaines propriétés gouvernementales, mais pas toutes, à des fins d'expression publique.

Lequel de ces trois points de vue généraux faudrait-il retenir? À mon avis, la réponse se trouve dans l'examen des valeurs communes traditionnellement associées à la notion de liberté d'expression. Tout comme le juge L'Heureux-Dubé, j'estime que les droits garantis par la *Charte* ne sauraient être restreints à l'étendue des droits qui les ont précédés. Ainsi, la garantie de liberté d'expression peut avoir une portée plus grande que les droits de liberté de parole qui existaient avant l'adoption de la *Charte*. J'estime toutefois qu'il est également nécessaire de faire appel aux objectifs historiques, philosophiques et d'appréciation qui sous-tendent les droits garantis par la *Charte* pour en déterminer la portée. La protection conférée par un droit, même à première vue, ne

the history of the right and the purpose which it serves.

When the right of free expression is viewed in its historical and philosophical context, the result is that neither of the extreme views set out above can prevail. I consider first the Crown's argument that the government *qua* proprietor has the absolute right to prohibit and regulate expression on all property which it owns. This contention is belied by a venerable tradition which supports the view that some types of state-owned property are proper forums for public expression. The right of free speech has traditionally been associated with streets and by-ways and parks—all government property. To accept the Crown's argument would be to restrict the freedom guaranteed by the *Charter* to limits much narrower than those with which it has traditionally been associated. Little would remain of the right. Its purpose—to permit members of society to communicate their ideas and values to others—would be subverted.

The jurisprudence supports the view that the state's property interest in a forum does not give it the absolute right to control expression on that forum. In the ringing terms of *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16:

Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions.

Or as stated in *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), at p. 506:

Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it.

saurait aller au-delà de ce qui peut être justifié compte tenu de l'historique de ce droit et de l'objectif auquel il répond.

<sup>a</sup> Lorsqu'on examine le contexte historique et philosophique du droit à la liberté d'expression, il en ressort qu'aucune des opinions extrêmes susmentionnées ne saurait être retenue. J'examine d'abord <sup>b</sup> l'argument de Sa Majesté selon lequel le gouvernement, à titre de propriétaire, a le droit absolu d'interdire et de réglementer l'expression dans toutes ses propriétés. Cette prétention est démentie par une tradition vénérable portant que certains genres de propriété d'État constituent des forums indiqués pour <sup>c</sup> l'expression publique. Le droit à la liberté de parole a toujours été associé aux rues, aux chemins et aux parcs, qui constituent tous des propriétés gouvernementales. S'il fallait retenir l'argument de Sa <sup>d</sup> Majesté, cela aurait pour effet de restreindre la liberté garantie par la *Charte* à un cadre beaucoup plus étroit que celui auquel elle a été associée dans le passé. Il ne resterait plus grand-chose de ce droit. L'objet <sup>e</sup> visé—permettre aux citoyens de faire part de leurs opinions et de leurs valeurs à autrui—serait contrecarré.

<sup>f</sup> La jurisprudence étaye le point de vue selon lequel le fait que l'État soit propriétaire d'un forum ne lui donne pas le droit absolu d'y contrôler l'expression. Pour reprendre les termes percutants de l'arrêt *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public.

<sup>h</sup> Ou comme on l'affirme dans *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), à la p. 506:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] Le droit de propriété n'emporte pas toujours le contrôle absolu. Plus un propriétaire ouvre sa propriété au public en général, à son avantage, plus ses droits deviennent limités par les droits constitutionnels et légaux de ceux qui utilisent sa propriété.



In Canada, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, this Court struck down a municipal by-law forbidding the distribution of pamphlets in city streets without the permission of the Chief of Police. Rand J. stated at p. 332:

That public ways, in some circumstances the only practical means available for any appeal to the community generally, have from the most ancient times been the avenues for such communications, is demonstrated by the Bible itself: in the 6th verse of ch. xi of Jeremiah these words appear: "Proclaim all these words in the cities of Judah, and in the streets of Jerusalem". . . .

Notwithstanding Kellock J.'s view that a by-law prohibiting all distribution in the streets (as opposed to selective distribution) might raise different considerations, the principle remains that the state has not historically enjoyed an absolute right to control expression on property which it owns.

I turn then to the other extreme—the view that the s. 2(b) guarantee of freedom of speech comprehends the right to use all government property as a forum for public expression. Do the purposes of the right of free expression, viewed in historical and philosophic context, justify conferring on the public the constitutional right to express itself publicly on all public property, regardless of its use and function? To put it another way, did the framers of the *Charter* intend s. 2(b) to offer protection to the citizen's speech in even the most private state-owned property? Did they mean it to extend to private government offices, state-owned broadcasting towers and prisons? My conclusion is that they did not. There is no historical precedent, whether in England, the United States or this country, for extending freedom of expression to purely private areas merely because they happen to be on government-owned property. Freedom of expression has not traditionally been recognized to apply to such places or means of communication as internal government offices, air traffic control towers, publicly-owned broadcasting facilities, prison cells and judges' private chambers. To say that the guarantee of free speech extends to such arenas is to surpass

Au Canada, dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, notre Cour a annulé un règlement municipal interdisant la distribution de brochures dans les rues de la ville sans l'autorisation du chef de police. Le juge Rand y a affirmé ce qui suit à la p. 332:

[TRADUCTION] La Bible elle-même démontre que la voie publique, qui est en certains cas le seul moyen commode dont on dispose pour faire appel à la collectivité, constitue depuis les temps les plus reculés le canal de ce genre de communication. On trouve au 6<sup>e</sup> verset du chapitre XI de Jérémie les mots suivants: «Proclame toutes ces paroles dans les villes de Juda et dans les rues de Jérusalem . . .»

Malgré l'opinion du juge Kellock selon laquelle un règlement interdisant toute distribution dans les rues (par opposition à une distribution sélective) pourrait soulever des questions différentes, il n'en demeure pas moins que, historiquement, l'État n'a pas bénéficié d'un droit absolu de contrôler l'expression sur sa propriété.

Je passe maintenant à l'autre extrême—le point de vue selon lequel la liberté de parole garantie à l'al. 2b) comprend le droit d'utiliser toute propriété gouvernementale comme forum à des fins d'expression publique. Les objectifs visés par le droit à la liberté d'expression, pris dans leur contexte historique et philosophique, justifient-ils l'attribution à la population du droit constitutionnel de s'exprimer publiquement dans toute propriété publique, peu importe son utilisation et sa fonction? En d'autres termes, les rédacteurs de la *Charte* ont-ils voulu que l'al. 2b) protège la liberté de parole des citoyens dans les propriétés d'État les plus privées? Ont-ils voulu qu'elle s'applique aux bureaux privés du gouvernement, aux tours de radiodiffusion et aux prisons de l'État? Je conclus que non. Il n'existe aucun précédent historique, que ce soit en Angleterre, aux États-Unis ou dans notre pays, qui puisse justifier le prolongement de la liberté d'expression à des secteurs purement privés pour la simple raison qu'ils sont situés dans une propriété gouvernementale. Traditionnellement, il n'a pas été reconnu que la liberté d'expression s'applique aux lieux ou aux moyens de communication comme les bureaux internes du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les installations publiques de radiodiffusion, les cellules de prison et

anything the framers of the *Charter* could have intended.

Indeed, L'Heureux-Dubé J. appears to concede this at p. 198 in the course of her discussion under s. 1 of the *Charter*:

... the *Charter*'s framers did not intend internal government offices, air traffic control towers, prison cells and Judges' Chambers to be made available for leafletting or demonstrations. It is evident that the right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private. Such a wholesale transformation of all government property is not necessary to fulfil the *Charter*'s purposes, or to avoid a stifling of free expression. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344, while the *Charter* should be given a broad and generous interpretation, "it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question".

To say that freedom of expression extends to all state-owned property is to overshoot the actual purpose of the freedom, to extend the protection of the *Charter* to situations where the values underlying the right are absent. Clearly, s. 2(b) cannot be held to apply to all expression on all government-owned property.

Pragmatic considerations also support the conclusion that not all expression on state-owned property should be held to fall within s. 2(b) of the *Charter*. The state should not be obliged to defend in the courts its restriction of expression which does not raise the values and interests traditionally associated with the free speech guarantee. Indeed, a failure to invest s. 2(b) with meaningful content reflective of those principles threatens to trivialize the *Charter* guarantee of free expression. For these reasons a threshold test is required to screen out cases clearly falling outside the free speech guarantee before reaching the s. 1 analysis. The threshold should not be so high that persons with legitimate claims are prevented from establishing them; nevertheless a *prima facie* case is required that the expression on the

les cabinets privés de juge. Affirmer que la garantie de liberté de parole s'applique à de telles tribunes irait au-delà de ce que les rédacteurs de la *Charte* ont pu souhaiter.

D'ailleurs, le juge L'Heureux-Dubé paraît l'admettre, à la p. 198, dans le cadre de son analyse de l'article premier de la *Charte*:

... les rédacteurs de la *Charte* n'avaient sûrement pas l'intention de mettre les bureaux des employés du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les cellules de prison et les cabinets de juge à la disposition des distributeurs de dépliant ou des manifestants. Il est évident que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée. Il n'est pas nécessaire de transformer ainsi toutes les propriétés du gouvernement pour permettre à la *Charte* d'atteindre ses objectifs ou pour éviter la répression de la libre expression. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, bien que la *Charte* doive être interprétée de façon large et libérale, «il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question.»

Affirmer que la liberté d'expression s'applique à toute propriété d'État irait au-delà de l'objet véritable de cette liberté et aurait pour effet d'étendre la protection de la *Charte* à des situations caractérisées par l'absence des valeurs sous-jacentes à ce droit. De toute évidence, on ne saurait conclure que l'al. 2b) s'applique à toute forme d'expression sur toute propriété d'État.

C'est aussi pour des raisons pragmatiques qu'il faut conclure que toute forme d'expression sur une propriété d'État ne saurait relever de l'al. 2b) de la *Charte*. L'État ne devrait pas être tenu de défendre devant les tribunaux les restrictions qu'il impose à l'expression lorsqu'elles ne font pas intervenir les valeurs et les intérêts traditionnellement associés à la garantie de liberté de parole. En fait, l'omission de conférer à l'al. 2b) un sens utile qui traduise ces principes menace de banaliser la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Pour ces raisons, il est nécessaire d'établir un critère préliminaire pour éliminer les cas qui, de toute évidence, ne sont pas visés par la garantie de liberté de parole, avant de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier. Ce critère ne devra pas être sévère au point d'empêcher les per-

public property in question engages traditional free speech concerns and hence falls within the ambit of s. 2(b).

It might be contended that the power of the Crown to restrict access to public property is sufficient to prevent totally unmeritorious claims to free expression on state-owned property being presented for s. 1 analysis. There is a suggestion of this in the reasons of L'Heureux-Dubé J. where she states "the right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private." (p. 198) In my view, the Crown's property interest and the law of trespass cannot be relied on as a means of excluding totally unmeritorious s. 2(b) claims. The Crown may in fact limit legitimate free speech by the device of denying access. The question in such a case would be whether that denial of access infringed s. 2(b). Thus the notion of access does not advance the analysis, but is itself part of the problem.

I am thus led to conclude that the protection afforded by s. 2(b) as to the forum in which public expression may be made, lies somewhere between the extremes of absolute government control of expression on state-owned property on the one hand, and *prima facie* protection for all expression on state-owned property on the other. The "public forum" doctrine in the United States and Lamer C.J.'s concurrent reasons in this case are examples of this intermediate approach.

In the United States, the line has been drawn with the aid of the "public forum" doctrine, which focuses on the characteristics of the government property in question. In *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), the Supreme Court distinguished between public forums which by tradition or express creation have been devoted to assembly and debate, and public property which is not by tradition or designation used for communication. If a forum is classified as "pub-

sonnes ayant des revendications légitimes d'en faire la preuve; néanmoins, il faudra faire la preuve *prima facie* que l'expression dans la propriété publique en cause soulève des préoccupations traditionnellement liées à la liberté de parole et qu'elle relève par conséquent de l'al. 2b).

On pourrait prétendre que le pouvoir de l'État de restreindre l'accès à la propriété publique suffit à empêcher la présentation de revendications nullement fondées de liberté d'expression dans une propriété d'État, aux fins d'une analyse en vertu de l'article premier. Le juge L'Heureux-Dubé le laisse d'ailleurs entendre dans ses motifs lorsqu'elle affirme que «le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée.» (p. 198). À mon avis, le droit de propriété de l'État et les règles de droit relatives à l'intrusion ne sauraient être invoqués pour exclure des revendications nullement fondées présentées en vertu de l'al. 2b). En fait, il peut arriver que l'État restreigne la liberté de parole légitime en refusant l'accès à sa propriété. Dans ce cas, il s'agirait de déterminer si ce refus porte atteinte à l'al. 2b). La notion d'accès ne fait donc pas progresser l'analyse mais fait elle-même partie intégrante du problème.

Je suis donc portée à conclure que la protection accordée par l'al. 2b) quant au forum pouvant servir à l'expression publique se situe entre les positions extrêmes du contrôle gouvernemental absolu de l'expression dans les propriétés d'État, d'une part, et de la protection *prima facie* de toutes les formes d'expression dans les propriétés d'État, d'autre part. La théorie américaine du «forum public» et les motifs concordants du juge en chef Lamer en l'espèce illustrent ce point de vue intermédiaire.

Aux États-Unis, la question a été réglée à l'aide de la théorie du «forum public» qui est axée sur les caractéristiques de la propriété gouvernementale en cause. Dans l'arrêt *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), la Cour suprême a fait une distinction entre les forums publics qui, en vertu de la tradition ou d'une disposition expresse, ont été consacrés aux assemblées et aux débats, et la propriété publique qui, par tradition ou désignation, n'est pas utilisée à des

lic”, speech within it may not ordinarily be abridged unless the regulation is content-neutral, serves a significant governmental interest and leaves open adequate alternative channels for communication: *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980).

As my colleagues note, the public forum doctrine has been much criticized. Many commentators suggest that it has been used less as a test than as a means of justifying conclusions based on other factors. It is criticized for failing to address the values involved in finding the proper balance of interest between the individual and the state. The result, it is suggested, has been doctrinal confusion and distorted results. As Tribe puts it in *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 992, “whether or not a given place is deemed a “public forum” is ordinarily less significant than the nature of the speech restriction—despite the Court’s rhetoric.” See also Farber and Nowak, “The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication” (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219. Such criticism supports the conclusion adopted by Lamer C.J. that the test should focus on the values at stake rather than rigid concepts related to the nature of the forum.

Lamer C.J. suggests a s. 2(b) test based on the compatibility of the speech with the function of the state-owned property in question. He argues, for example, that the protection of freedom of expression afforded by s. 2(b) of the *Charter* would not extend to the Parliamentary library because silence is essential to its function. On the other hand, expression in a municipal council chamber would be protected because expression is not incompatible with the function of the council chamber. Limits on expression in such a place would fall to be tested under s. 1. By extension of the reasoning in *Irwin Toy*, Lamer C.J. views expression which is incompatible with the

fins de communication. Si un forum est considéré comme «public», la liberté de parole ne peut habituellement y être réduite à moins que le règlement ne soit pas lié au contenu, qu’il serve un intérêt important du gouvernement et qu’il laisse disponibles d’autres modes de communication appropriés: *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980).

Comme l’ont souligné mes collègues, la théorie du forum public a fait l’objet de bien des critiques. Nombreux sont ceux qui prétendent qu’elle a moins servi de critère que de moyen de justifier des conclusions fondées sur d’autres facteurs. On lui reproche de ne pas tenir compte des valeurs qui sous-tendent l’atteinte d’un équilibre approprié entre les intérêts de l’individu et ceux de l’État. Il en résulte, laisse-t-on entendre, une confusion dans la doctrine et des résultats biaisés. Comme l’affirme Tribe dans *American Constitutional Law* (2<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 992, [TRA-DUCTION] «la question de savoir si un lieu donné est réputé constituer un «forum public» est habituellement moins importante que la nature même de la restriction imposée à la liberté de parole—malgré la rhétorique des tribunaux.» Voir également Farber et Nowak, «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219. Les critiques de ce genre étayent la conclusion du juge en chef Lamer selon laquelle le critère devrait être axé sur les valeurs en jeu plutôt que sur des concepts rigides liés à la nature du forum.

Le juge en chef Lamer propose un critère d’analyse de l’al. 2b) fondé sur la compatibilité entre l’expression et la fonction de la propriété d’État en cause. Par exemple, il prétend que la protection de la liberté d’expression conférée par l’al. 2b) de la *Charte* ne s’appliquerait pas à la bibliothèque du Parlement parce que le silence est essentiel à sa fonction. En revanche, la liberté d’expression serait protégée dans les locaux d’un conseil municipal parce que l’expression n’est pas incompatible avec la fonction de la salle du conseil. Les restrictions imposées à l’expression dans pareil endroit devraient donc subir le test de l’article premier. Par analogie avec le raisonnement suivi dans l’arrêt *Irwin Toy*, le juge en chef Lamer estime que l’expression incompatible avec la fonction

function of the public property as being expression which takes a form that should not be protected.

Reflection leads me to question whether the “compatibility with function” test serves as a useful and appropriate tool for screening out claims which should not be considered to fall within the ambit of free expression. The compatibility of the property’s purpose with free expression is doubtless a factor in determining whether a government restriction on that expression is constitutional under s. 1 of the *Charter*. But I question whether it is the only factor and whether it is properly introduced at the stage of s. 2(b) of the *Charter*. It could be argued, for example, that the Parliamentary library could function quite well despite the presence of demonstrators holding placards. Moreover, the concept of function presents difficulties. Does it mean normal function? Minimal or essential function? Optimum function? At what point does expression become incompatible with function? Presumably, only if the impairment of function were severe would s. 2(b) be held inapplicable, with limitations relating to optimal (as opposed to minimal) function falling to be justified under s. 1. Yet drawing this line may prove difficult in practice.

In short, the concept of function proves on examination to be a relative one. In some cases, the right of free expression might be considered important enough to interfere to some extent with the function of government property. In others, the impairment of function will be so great in comparison with the interest in free expression as to justify exclusion or limitation of the expression. The concept of function is thus seen to involve a balancing of interests which arguably serves better as part of the s. 1 test than as a threshold for screening out claims which raise no *prima facie* free expression interest.

A functional test for s. 2(b) suffers from the further difficulty that it might present problems of proof

d’une propriété publique est l’expression qui prend une forme qui ne devrait pas être protégée.

Ma réflexion me porte à me demander si le critère de la «compatibilité avec la fonction» est un moyen utile et indiqué pour éliminer les revendications qui ne devraient pas être considérées comme entrant dans le champ d’application de la liberté d’expression. La compatibilité entre l’objectif d’une propriété et la liberté d’expression est certainement un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer si la restriction imposée par un gouvernement à cette forme d’expression est constitutionnelle en vertu de l’article premier de la *Charte*. Mais je me demande si c’est là le seul facteur et si c’est bien au niveau de l’al. 2b) de la *Charte* qu’il faut l’introduire. Par exemple, on pourrait prétendre que la bibliothèque du Parlement pourrait très bien fonctionner malgré la présence de manifestants munis de pancartes. En outre, la notion de fonction pose des problèmes. S’agit-il de la fonction normale? De la fonction minimale ou essentielle? De la fonction optimale? À quel moment l’expression devient-elle incompatible avec la fonction? On peut présumer que seule l’entrave grave à la fonction entraînerait l’inapplicabilité de l’al. 2b), tandis que les restrictions relatives à la fonction optimale (par rapport à la fonction minimale) devraient être justifiées en vertu de l’article premier. En pratique toutefois, il peut être difficile de faire ces distinctions.

Bref, après examen de la notion de fonction, celle-ci s’avère tout à fait relative. Dans certains cas, le droit à la liberté d’expression pourrait être jugé assez important pour nuire dans une certaine mesure à la fonction de la propriété gouvernementale. Dans d’autres cas, l’entrave à la fonction sera tellement considérable par rapport à l’intérêt qui réside dans la liberté d’expression que l’exclusion ou la restriction de l’expression s’en trouvera justifiée. On considère donc que la notion de fonction comporte une certaine évaluation des intérêts qui, pourrait-on soutenir, est plus utile dans le cadre de l’application du critère de l’article premier que comme moyen préliminaire d’éliminer des revendications qui, à première vue, ne soulèvent aucune question relative à la liberté d’expression.

Un critère d’application de l’al. 2b) qui soit fondé sur la fonction de la propriété soulève une autre diffi-

which would forestall legitimate claims. It is open to the danger that the state by defining function broadly might unduly restrict the class of cases which are *prima facie* entitled to constitutional protection. Moreover, the onus would be on the accused to show that the government function would be unimpaired by his or her expression—a task which might prove difficult given the superior knowledge of the state regarding how the location best functions. Considerations such as these lead me to question whether compatibility with the function of the forum should be the critical factor at the stage of s. 2(b).

I have considered a number of options for a s. 2(b) test and found them all wanting. The extremes of extending s. 2(b) to all government property and denying constitutional protection to expression on any government property are inconsistent with the historical and philosophical underpinning of the right of free expression. But the tests lying between these extremes suffer from their own defects. The American public forum doctrine, with its emphasis on the characteristics of the government property in question, has led to *ad hoc* decision-making and uncertainty. The test proposed by Lamer C.J., while correctly focusing on the values and interests at stake, arguably places under s. 2(b) too much of the balancing between conflicting interests which has come to be associated with s. 1 of the *Charter*, and may unnecessarily increase the difficulty of bringing legitimate claims before the courts.

My review of these alternatives leads me to conclude that the test for the constitutional right to use government property for public expression should conform to the following criteria. It should be based on the values and interests at stake and not be confined to the characteristics of particular types of government property. Reflecting the concepts traditionally associated with free expression, it should extend constitutional protection to expression on some but not all government property. The analysis under s. 2(b) should focus on determining when, as a general

culté: il pourrait poser des problèmes de preuve qui nuiraient à des revendications légitimes. Il y a danger que l'État, en définissant la fonction de façon large, restreigne ainsi indûment la catégorie de cas qui pourraient, à première vue, être protégés par la Constitution. De plus, il incomberait à l'accusé d'établir que son expression n'entrave aucunement la fonction gouvernementale, une tâche qui pourrait s'avérer difficile étant donné la connaissance supérieure qu'a l'État de la façon dont l'endroit visé fonctionne le mieux. Ce genre de considérations m'amène à me demander si la compatibilité avec la fonction du forum devrait être le facteur critique dans l'analyse fondée sur l'al. 2b).

J'ai envisagé un certain nombre d'autres critères d'application de l'al. 2b) et je les ai tous trouvés insuffisants. Les solutions extrêmes qui consistent à étendre l'application de l'al. 2b) à toute propriété gouvernementale et à refuser toute protection constitutionnelle à l'expression sur quelque propriété gouvernementale que ce soit sont incompatibles avec le fondement historique et philosophique du droit à la libre expression. Mais les critères se trouvant entre ces extrêmes ont leurs propres faiblesses. La théorie américaine du forum public, qui met l'accent sur les caractéristiques de la propriété gouvernementale en cause, a donné lieu à un processus décisionnel ponctuel et à l'incertitude. On peut soutenir que, bien qu'il soit axé à juste titre sur les valeurs et les intérêts en jeu, le critère proposé par le juge en chef Lamer fait indûment appel à l'al. 2b) pour l'évaluation d'intérêts opposés qu'on en est venu à associer avec l'article premier de la *Charte*, et peut compliquer inutilement la tâche de ceux qui désirent engager des poursuites légitimes devant les tribunaux.

Après examen de ces solutions, je conclus que le critère d'application du droit constitutionnel d'utiliser une propriété gouvernementale à des fins d'expression publique devrait tenir compte des facteurs suivants. Il devrait être fondé sur les valeurs et les intérêts en jeu et non se limiter aux caractéristiques de différents genres de propriétés gouvernementales. Réflétant les concepts associés traditionnellement à la liberté d'expression, il devrait prévoir la protection constitutionnelle de l'expression non pas dans toutes les propriétés gouvernementales mais dans certaines

proposition, the right to expression on government property arises. The task at this stage should be primarily definitional rather than one of balancing, and the test should be sufficiently generous to ensure that valid claims are not excluded for want of proof. Once it has been determined that the expression in question at the location in question falls within the scope of s. 2(b) thus defined, the further question arises of whether the government's limitation on the property's use for the expression in question is justified under s. 1. At this stage the concern should be primarily one of weighing and balancing the conflicting interests—the individual's interest in using the forum in question for his or her expressive purposes against the state's interest in limiting the expression on the particular property.

Against this background, I turn to the problem of defining what types of government property should *prima facie* be regarded as constitutionally available for forums for public expression.

#### *The Test Under Irwin Toy*

In my view, the methodology set out in *Irwin Toy*, *supra*, dictates the test for constitutional protection of expression on a particular state-owned property. *Irwin Toy* distinguished between two classes of restrictions on freedom of expression: restrictions aimed at preventing certain meanings being conveyed, and restrictions which are not directed at content but have the effect of restricting expression. The Court quoted the following passage from Archibald Cox (*Freedom of Expression* (1981), at pp. 59-60):

The bold line . . . between restrictions upon publication and regulation of the time, place or manner of expression tied to content, on the one hand, and regulation of time, place, or manner of expression regardless of content, on the other hand, reflects the difference between the state's usually impermissible effort to suppress "harmful" information, ideas, or emotions and the state's often justifiable desire to secure other interests against interference from the noise and the physical

seulement. L'analyse fondée sur l'al. 2b) devrait être axée sur la question de savoir dans quelles circonstances, de façon générale, le droit à l'expression dans une propriété gouvernementale est en cause. À ce stade, il s'agirait surtout d'un rôle de définition plutôt que d'évaluation, et le critère devrait être assez large pour que les revendications régulières ne soient pas exclues, faute de preuve. Après avoir conclu que l'expression en cause, à l'endroit en cause, tombe dans le champ d'application de l'al. 2b) ainsi défini, il faut alors déterminer si la restriction imposée par le gouvernement à l'utilisation de la propriété aux fins de l'expression en question se justifie en vertu de l'article premier. On devrait alors se préoccuper surtout de soupeser et d'évaluer les intérêts opposés—l'intérêt qu'a le citoyen à utiliser le forum en cause à des fins d'expression par rapport à l'intérêt qu'a l'État à restreindre l'expression dans ladite propriété.

Dans ce contexte, j'aborde maintenant le problème de la définition du genre de propriété gouvernementale qui, à première vue, devrait être considéré comme pouvant servir de forum pour l'expression publique en vertu de la Constitution.

#### *Le critère de l'arrêt Irwin Toy*

À mon avis, la méthode énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, prescrit le critère d'application de la protection constitutionnelle de l'expression dans une propriété d'État donnée. L'arrêt *Irwin Toy* établit une distinction entre deux catégories de restrictions de la liberté d'expression: celles qui ont pour but d'empêcher la transmission de certains messages et celles qui ne visent pas le contenu mais qui ont pour effet de restreindre l'expression. La Cour a cité le passage suivant de l'ouvrage d'Archibald Cox (*Freedom of Expression* (1981), aux pp. 59 et 60):

[TRADUCTION] La ligne de démarcation [. . .] entre les restrictions apportées à la publication et la réglementation quant au temps, au lieu et au mode d'expression liés au contenu, d'une part, et la réglementation du temps, du lieu ou du mode d'expression sans égard au contenu d'autre part, illustre la différence entre l'effort généralement injustifié de l'État de supprimer des informations, des idées ou des émotions «nuisibles» et le désir souvent justifié de l'État de protéger d'autres intérêts contre les

intrusions that accompany speech, regardless of the information, ideas, or emotions expressed.

As this passage makes clear, limitations on forum may fall into either of the two fundamental categories of restrictions on expression distinguished in *Irwin Toy*. A restriction on the forum for expression may be content-based. For example, a ban on anti-war messages on Parliament Hill might be viewed as essentially content-based. In a place where political messages of all sorts are traditionally tolerated, a restriction is placed on one particular type of message because of its content. To borrow once more the phraseology of Cox, this would be a restriction on place “tied to content.” Or to use the language of *Irwin Toy*, the government’s main purpose would be to limit the content of speech. On the other hand, many restrictions on forums for public expression are content-neutral. The government’s purpose is not, in the words of *Irwin Toy*, “to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed” (p. 974). Its purpose is rather to avoid the “harmful consequence of the particular conduct in question” (*Irwin Toy*, at p. 975); for example, to prevent interference with the proper and orderly functioning of government-owned property.

The test for whether s. 2(b) applies to protect expression in a particular forum depends on the class into which the restriction at issue falls. If the government’s purpose is to restrict the content of expression through limiting the forums in which it can be made, then this, as Cox says, is “usually impermissible”. The result, under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is that s. 2(b) applies. If, on the other hand, the restriction is content-neutral, it may well not infringe freedom of expression at all. In this case, the jurisprudence laid down in *Irwin Toy* requires that the claimant establish that the expression in question (including its time, place and manner) promote one of the purposes underlying the guarantee of free expression. These were defined in *Irwin Toy* (at p. 976) as: (1) the seeking and obtaining of truth; (2) participation in social and political decision-making;

effets du bruit et des intrusions physiques qui accompagnent la parole, sans égard aux informations, aux idées ou aux émotions exprimées.

Comme l’illustre clairement ce passage, les restrictions relatives au forum peuvent tomber dans l’une ou l’autre des deux catégories fondamentales de restrictions de l’expression établies dans l’arrêt *Irwin Toy*. Une restriction apportée à l’utilisation du forum à des fins d’expression peut être liée au contenu. Par exemple, l’interdiction de la transmission sur la colline parlementaire de messages contre la guerre pourrait être considérée comme essentiellement liée au contenu. Dans un lieu où les messages politiques de toutes sortes sont traditionnellement tolérés, une restriction est imposée à un genre particulier de message à cause de son contenu. Selon l’expression de Cox, toujours, il s’agirait d’une restriction du lieu «lié[e] au contenu». Ou pour reprendre les propos tenus dans *Irwin Toy*, l’objectif principal du gouvernement serait de restreindre le contenu du message. Par contre, bien des restrictions imposées à l’utilisation de forums à des fins d’expression publique ne sont pas liées au contenu. Le gouvernement n’a pas pour objectif, selon les termes de l’arrêt *Irwin Toy*, «de restreindre le contenu de l’expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis» (p. 974). Il a plutôt pour objectif d’éviter une «conséquence préjudiciable de la conduite visée» (*Irwin Toy*, à la p. 975); par exemple, empêcher que l’on entrave le bon fonctionnement d’une propriété d’État.

Le critère utilisé pour déterminer si l’al. 2b) s’applique pour protéger l’expression dans un forum particulier dépend de la catégorie où se trouve la restriction en litige. Si l’objectif du gouvernement est de restreindre le contenu de l’expression en limitant les forums où elle peut avoir lieu, cela est alors [TRADUCTION] «généralement injustifié», comme l’affirme Cox. Il s’ensuit qu’en vertu de la *Charte canadienne des droits et liberté*, l’al. 2b) est applicable. Par contre, si la restriction n’est pas liée au contenu, il est fort possible qu’elle ne porte aucunement atteinte à la liberté d’expression. Dans ce cas, la jurisprudence établie dans *Irwin Toy* prévoit que le requérant doit démontrer que l’expression en cause (y compris l’heure, le lieu et le mode d’expression) sert à promouvoir l’un des objectifs qui sous-tendent la garantie de liberté d’expression. Ces derniers sont ainsi



and (3) the encouragement of diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing by cultivating a tolerant, welcoming environment for the conveyance and reception of ideas. Only if the claimant can establish a link between the use of the forum in question for public expression and at least one of these purposes is the claimant entitled to the protection of s. 2(b) of the *Charter*.

I note in passing that it is at this point that I differ from L'Heureux-Dubé J. who, at p. 187 of her concurrent reasons, concludes that the mere fact that the government limit has the effect of limiting expression means that s. 2(b) is violated. As I read *Irwin Toy*, *supra*, a further enquiry into the purpose served by the expression in question must be made before it can be found that s. 2(b) applies. In a case where the restriction involves a state-owned property, that examination will focus on whether the forum's relationship with the particular expressive activity invokes any of the values and principles underlying the guarantee. The effect of that inquiry is to screen out many potential claims to the use of government property as the forum for public expression.

I digress briefly on a semantical point. As Cox and this Court in *Irwin Toy* recognized, the true distinction is between limits directed at restricting the content of expression and limits which are directed at the consequences of the expression, both of which are capable of being effected by restrictions which relate to "time, place and manner." However, in much of the American literature, the adjectival phrase "time, place and manner" is often used in contra-distinction to the phrase "content-based", as shorthand for restrictions directed not at the content but at the consequences of expression. I proceed on the basis that restrictions as to forum (i.e. place) may have as their purpose either the controlling of content, or the avoidance of the consequences of expression regardless of its content.

définis dans *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche de la vérité, (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique, et (3) l'encouragement de la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels dans une société tolérante et accueillante à l'égard de la transmission et de la réception des idées. Le requérant n'aura droit à la protection de l'al. 2b) de la *Charte* que s'il peut faire la preuve de l'existence d'un lien entre son utilisation du forum en cause, à des fins d'expression publique, et au moins l'un de ces objectifs.

Je souligne au passage que c'est ici que je ne souscris plus à l'opinion du juge L'Heureux-Dubé qui, à la p. 187 de ses motifs concordants, conclut que le simple fait que la restriction imposée par le gouvernement a pour conséquence de limiter l'expression signifie qu'il y a violation de l'al. 2b). Suivant mon interprétation de l'arrêt *Irwin Toy*, précité, il faut également procéder à l'examen de l'objectif servi par l'expression en cause avant de conclure à l'application de l'al. 2b). Dans le cas où la restriction vise une propriété d'État, l'examen consiste à déterminer si le lien existant entre le forum et l'activité d'expression en cause soulève l'une des valeurs ou des principes qui sous-tendent la garantie. Cet examen a pour effet d'éliminer bien des revendications potentielles du droit d'utiliser une propriété gouvernementale comme forum pour l'expression publique.

Je m'écarte brièvement du sujet pour soulever une question de sémantique. Comme Cox et notre Cour, dans *Irwin Toy*, l'ont reconnu, ce qu'il faut distinguer ce sont les limites ayant pour but de restreindre le contenu de l'expression et les limites axées sur les conséquences de l'expression, toutes deux pouvant comporter des restrictions relatives «aux heures, au lieu et au mode d'expression». Toutefois, dans une grande partie de la doctrine américaine, l'expression qualificative «aux heures, au lieu et au mode d'expression» est souvent opposée à l'expression «lié au contenu», et ce, pour désigner sommairement des restrictions axées non pas sur le contenu mais sur les conséquences de l'expression. Je tiens pour acquis que les restrictions relatives au forum (c'est-à-dire au lieu) peuvent avoir pour objet soit de contrôler le contenu, soit d'éviter les conséquences de l'expression, peu importe son contenu.

It follows from what I have said that the first step in determining whether s. 2(b) applies is to determine whether the government's purpose in imposing the forum restriction is to regulate content of expression or merely to regulate its consequences, regardless of its content. In distinguishing between the two categories of restrictions in the context of forum, the guidelines set out in *Irwin Toy* are apposite. The Court summarized the test at pp. 975-76:

... the characterization of government purpose must proceed from the standpoint of the guarantee in issue. With regard to freedom of expression, if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity.

Where the restriction is aimed at the content of speech, the infringement of s. 2(b) is established and the analysis proceeds immediately to s. 1 of the *Charter*. Where the restriction is aimed not at content but at avoidance of undesirable consequences of the expression, the claimant may establish a violation by establishing a link between expressing himself or herself in the forum in question and one of the purposes of the guarantee of free speech.

Questions will doubtless arise as to the exact ambit of the pursuit of truth, participation in the community and the conditions necessary for individual fulfillment and human flourishing. It would be wrong to attempt to comprehensively define these values at the outset. Apart from the difficulties of such a venture, there would be a risk of foreclosing constitutional protection for expression which should be protected. As indicated in *Irwin Toy*, "[t]he precise and complete articulation of what kinds of activity promote these principles is ... a matter for judicial appreciation to be developed on a case by case basis" (p.

Il résulte de ce qui précède que la première chose à faire pour déterminer si l'al. 2b) est applicable est de décider si l'objectif poursuivi par le gouvernement, en imposant la restriction relative au forum, est de réglementer le contenu de l'expression ou simplement de réglementer ses conséquences, sans égard au contenu. Les indications de l'arrêt *Irwin Toy* sont pertinentes lorsqu'il s'agit de distinguer les deux catégories de restrictions, dans le contexte du forum. La Cour résume le critère applicable, aux pp. 975 et 976:

... la qualification de l'objet du gouvernement doit se faire du point de vue de la garantie en cause. Pour ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. D'autre part, s'il vise seulement à prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité.

Lorsque la restriction vise le contenu du discours, la violation de l'al. 2b) est établie et l'analyse passe immédiatement à l'étape de l'article premier de la *Charte*. Lorsque la restriction vise non pas le contenu mais à éviter les conséquences indésirables de l'expression, le requérant peut faire la preuve de la violation en démontrant l'existence d'un lien entre son expression dans le forum en cause et l'un des objectifs visés par la garantie de liberté de parole.

Il y aura certainement des questions quant à la portée exacte de la recherche de la vérité, de la participation au sein de la société et des conditions nécessaires à l'enrichissement et à l'épanouissement personnels. On aurait tort de tenter dès le début de définir ces valeurs de façon détaillée. Outre les difficultés inhérentes à ce genre d'exercice, cela risquerait d'enlever toute protection constitutionnelle à des modes d'expression qui devraient être protégés. Comme on l'a souligné dans *Irwin Toy*, « [l]a délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces principes relève [...] d'un examen judiciaire qui doit

977). The result of this process will be an increasingly certain and complete body of law which reflects the experience and emerging judgment of society and the courts on the difficult question of when freedom of expression is violated.

While the periphery of the right to use public property for the purpose of expression may remain uncertain, at least for a time, the central elements of the test are relatively clear and capable of ready application. The pursuit of truth, as that notion has developed in the context of freedom of expression, relates to the function of free and open discussion in arriving at the truth. The encouragement of "social and political decision-making" (*Irwin Toy*, at p. 976), which is the essence of the value of "community participation", recognizes the value of public discussion and debate on social and political matters. Finally, the encouragement of a tolerant and welcoming environment which promotes diversity in forms of self-fulfillment and human flourishing recognizes the role of expression in maximizing human potential and happiness through intellectual and artistic communication.

It would be difficult to contend that these purposes are served by "public" expression in the sanctum of the Prime Minister's office, an airport control tower, a prison cell or a judge's private chambers, to return to examples where it seems self-evident that the guarantee of free expression has no place. These are not places of public debate aimed at promoting either the truth or a better understanding of social and political issues. Nor is expression in these places related to the open and welcoming environment essential to maximization of individual fulfillment and human flourishing.

It is equally clear that the purposes of the guarantee of free expression are served by permitting expression in other forums and that s. 2(b) should apply to them. To borrow the language of the American "public forum" doctrine, the use of places which have by tradition or designation been dedicated to public expression for purposes of discussing political

être fait dans chaque cas» (p. 977). Cela donnera lieu à des règles juridiques de plus en plus définitives et complètes, à l'image de l'expérience et du jugement naissant de la société et des tribunaux sur la difficile question de savoir quand y a-t-il atteinte à la liberté d'expression.

Bien que les limites du droit d'utiliser la propriété publique à des fins d'expression puissent demeurer incertaines, du moins pour un certain temps, les éléments principaux du critère sont relativement clairs et susceptibles d'être appliqués promptement. La recherche de la vérité, selon l'évolution de ce concept dans le contexte de la liberté d'expression, porte sur le rôle des discussions libres et ouvertes dans la poursuite de la vérité. L'encouragement de la «prise de décisions d'intérêt social et politique» (*Irwin Toy*, à p. 976), qui est l'essence de la valeur de «participation au sein de la société», reconnaît l'importance des discussions et des débats publics en matière sociale et politique. Enfin, la promotion d'une société tolérante et accueillante qui encourage la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels reconnaît le rôle de l'expression pour ce qui est de maximiser le potentiel et le bonheur personnels au moyen de la communication intellectuelle et artistique.

Il serait difficile de prétendre que ces objectifs sont servis par l'expression «publique» dans le sanctuaire qu'est le bureau du Premier ministre, une tour de contrôle du trafic aérien, une cellule de prison ou le cabinet privé d'un juge, pour reprendre des exemples où il semble évident en soi que la garantie de liberté d'expression n'a pas sa place. Ce ne sont pas des lieux de débat public ayant pour but de promouvoir la vérité ou une meilleure compréhension des questions sociales et politiques. Dans ces lieux, l'expression n'est pas non plus liée à la société ouverte et accueillante, essentielle à la maximalisation de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels.

Il est tout aussi clair que l'on satisfait aux objectifs de la garantie de liberté d'expression lorsqu'on autorise l'expression dans d'autres forums, et que l'al. 2b) devrait leur être applicable. Pour reprendre le vocabulaire de la théorie américaine de «forum public», l'utilisation de lieux qui, par tradition ou désignation, ont été consacrés à l'expression publique, aux fins de

or social or artistic issues would clearly seem to be linked to the values underlying the guarantee of free speech.

I conclude that notwithstanding the need for further definition of the values of free expression in future cases, the test which I have proposed for determining when a right arises to use government property for public expression is sufficiently clear and precise to permit determination of when s. 2(b) applies without undue difficulty.

Finally, the test offers sufficient flexibility to permit development of a legal doctrine sensitive to emerging concerns and new situations. The approach I have advocated conforms to the philosophical and doctrinal structures fundamental to free expression which this Court enunciated in *Irwin Toy*. Moreover, it meets the general requirements for a public forum test which I set out earlier in these reasons. It represents a value-based approach to determining the content of the guarantee of freedom of expression, focusing on the interests served by permitting a particular type of expression in a particular place. It strikes a middle ground between the extremes of the right to expression on all government property and the right to expression on none. The line it draws reflects the purpose of the guarantee of free expression. The guarantee extends only so far as can be justified having regard to these purposes, beyond which the Crown is not called upon to justify its legislation or conduct under s. 1. Claims which clearly do not raise the concerns central to the guarantee are eliminated at the start, avoiding the danger that the right may be trivialized while the burden imposed on members of the public seeking to invoke *Charter* protection is not unduly onerous.

#### *Application of the Test to the Case*

The first question is whether the purpose of the government officials in refusing the respondents the right to distribute their material and solicit in the airport was to prohibit the expression of particular con-

la discussion de questions politiques, sociales ou artistiques, semblerait nettement liée aux valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté de parole.

Je conclus que, même s'il faudra à l'avenir définir plus précisément les valeurs de la liberté d'expression, le critère que j'ai proposé pour décider dans quels cas il existe un droit d'utiliser la propriété gouvernementale à des fins d'expression publique est assez clair et précis pour permettre de déterminer sans trop de difficulté dans quels cas l'al. 2b) est applicable.

Enfin, le critère est assez souple pour permettre de concevoir une théorie juridique qui soit sensible aux préoccupations naissantes et aux situations nouvelles. Le point de vue que je préconise est conforme aux structures philosophiques et doctrinales essentielles à la liberté d'expression que notre Cour a relevées dans *Irwin Toy*. En outre, il respecte les exigences générales du critère du forum public que j'ai déjà formulées dans les présents motifs. Il représente une façon de déterminer le contenu de la garantie de liberté d'expression qui est fondée sur des valeurs et axée sur les intérêts que l'on sert en autorisant un certain genre d'expression dans un endroit particulier. Il s'agit d'un compromis entre les positions extrêmes que sont le droit de s'exprimer dans toute propriété gouvernementale et l'absence de tout droit de s'y exprimer. La solution qu'il comporte reflète l'objet de la garantie de la liberté d'expression. La garantie n'existe que dans la mesure où elle peut se justifier compte tenu de ces objectifs, sinon l'État n'est pas tenu de justifier sa loi ou sa conduite en vertu de l'article premier. Les revendications qui, de toute évidence, ne portent pas sur les préoccupations fondamentales de la garantie sont éliminées dès le départ, ce qui permet d'éviter le risque que le droit à la liberté soit banalisé, sans pour autant imposer un fardeau trop lourd aux citoyens qui cherchent à invoquer la protection de la *Charte*.

#### *Application du critère à l'espèce*

Tout d'abord, il s'agit de déterminer si l'objectif poursuivi par les fonctionnaires du gouvernement, en refusant aux intimés le droit de distribuer leur documentation et de faire de la sollicitation à l'aéroport,

tent, or whether it was directed at consequences of the expression unrelated to its particular content.

The evidence is scant as to the purpose of the airport officials. However, their stated policy was to prohibit all political propaganda. Given that there appears to have been no intention to favour one philosophy or idea over another, I would characterize the restriction as content-neutral, aimed at the consequences of such expression rather than the particular messages communicated.

The next question is whether the restriction in question had the effect of limiting expression. I agree with L'Heureux-Dubé J. that it did. I disagree with her, however, that this establishes that s. 2(b) of the *Charter* has been breached. For the reasons expressed earlier, the test enunciated in *Irwin Toy* requires a further step to be taken before it can be said that s. 2(b) applies. The limiting effect having been shown, we must ask whether the expression in question promotes any of the purposes of the guarantee of free expression. Is there a link between using airports as a forum for political messages and solicitation, and the values embodied in the pursuit of truth, the participation in political or social issues in the community, or individual self-fulfillment or human flourishing?

It is not necessary to go beyond the second value to answer the question. The respondents in this case were seeking to present political views in a location frequented by many members of the community passing *en route* from one place to another, a location which can be considered to be a modern equivalent of the streets and by-ways of the past. This establishes a relationship between the respondents' use of the airport for expression and one of the purposes of the free expression guarantee. I conclude that the government's action constituted a limitation of the respondents' rights under s. 2(b) of the *Charter*.

At this point, the onus shifts to the Crown to establish that the limitation on expression is demonstrably

était d'interdire l'expression d'un contenu particulier ou s'il était axé sur les conséquences de l'expression, peu importe son contenu.

<sup>a</sup> La preuve présentée relativement à l'objectif visé par les fonctionnaires de l'aéroport est mince. Toutefois, leur politique officielle était d'interdire toute propagande politique. Puisqu'il semble qu'il n'y avait aucune intention de favoriser une philosophie ou une idée au détriment d'une autre, je conclurais que cette restriction n'est aucunement liée au contenu, qu'elle vise les conséquences de l'expression plutôt que les messages transmis.

<sup>c</sup> Ensuite, il s'agit de déterminer si la restriction en cause avait pour effet de limiter l'expression. Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que c'était le cas. Cependant, contrairement à cette dernière, je ne crois pas que cela prouve qu'il y a eu violation de l'al. 2b) de la *Charte*. Pour les motifs déjà énoncés, le critère formulé dans l'arrêt *Irwin Toy* exige que l'on passe à une étape supplémentaire avant de pouvoir conclure à l'application de l'al. 2b). L'effet restrictif ayant été démontré, nous devons nous demander si l'expression en cause sert à promouvoir l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression? Y a-t-il un lien entre l'utilisation des aéroports comme forum à des fins de discours et de sollicitation politiques et les valeurs consacrées par la recherche de la vérité, la participation aux questions politiques et sociales dans la société ou l'enrichissement ou l'épanouissement personnels?

<sup>g</sup> Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la deuxième valeur pour répondre à cette question. Les intimés en l'espèce tentaient de présenter leurs opinions politiques dans un endroit fréquenté par de nombreux membres de la société, en route d'un point à un autre, un endroit qui peut être considéré comme l'équivalent moderne des rues et des chemins d'autrefois. Il y a donc un lien entre l'utilisation de l'aéroport à des fins d'expression par l'intimé et l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression. Je conclus que l'acte du gouvernement constituait une restriction des droits que confère aux intimés l'al. 2b) de la *Charte*.

<sup>j</sup> Désormais, il incombe à Sa Majesté de prouver que la justification de la restriction de l'expression

justifiable in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

## II. Section 1 of the Charter

### *Limit Prescribed by Law*

Lamer C.J. concludes that s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, does not apply to the conduct of the respondents. This leads him to conclude that there is no limit prescribed by law capable of justification under s. 1 of the *Charter*. L'Heureux-Dubé J., on the other hand, finds that the regulation does apply.

I prefer the view of L'Heureux-Dubé J. on this point. In particular, the words "advertise" and "solicit" in s. 7(b) are broad enough to cover non-commercial publicity (for example, the "advertising" of political candidates or beliefs) and non-commercial solicitation. In the case at bar the respondents were advertising their political position and most certainly were soliciting memberships to their organization. I cannot avoid the conclusion that their conduct falls within the regulation. I note in passing that I cannot agree with Lamer C.J. that the presumption of constitutionality supports the view that the regulation does not apply. Interpreting the regulation as applicable does not render it unconstitutional; it may well be saved under s. 1.

Even if the respondents' conduct did not fall within the regulation, I would incline to the view that the act of the airport officials in preventing them from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law because the officials were acting pursuant to the Crown's legal rights as owner of the premises.

The purpose of restricting s. 1 to limits "prescribed by law" is to eliminate from s. 1 purview conduct

peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte*.

## a II. Article premier de la Charte

### *Limite prescrite par une règle de droit*

b Le juge en chef Lamer conclut que l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, ne s'applique pas à la conduite des intimés. Cela l'amène à conclure qu'il n'existe pas de limite prescrite par une règle de droit qui soit justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Par contre, le juge L'Heureux-Dubé estime que le règlement est applicable.

c Je préfère l'opinion du juge L'Heureux-Dubé sur cette question. Notamment, l'expression «faire [...] de la publicité ou de la sollicitation», à l'al. 7b), est assez générale pour comprendre la publicité non commerciale (par exemple, la «publicité» relative à des candidats ou à des convictions politiques) et la sollicitation non commerciale. En l'espèce, les intimés affichaient leurs opinions politiques et faisaient très certainement de la sollicitation d'adhésions à leur organisation. Je ne puis que conclure que leur conduite entre dans le champ d'application du règlement en cause. Je souligne au passage que je ne saurais souscrire à l'opinion du juge en chef Lamer selon laquelle la présomption de constitutionnalité étaye le point de vue que le règlement ne s'applique pas. Le fait que le règlement soit jugé applicable ne le rend pas inconstitutionnel; il peut très bien être sauvegardé en vertu de l'article premier.

d Même si la conduite des intimés ne tombait pas dans le champ d'application du règlement, je serais encline à croire que le geste des fonctionnaires de l'aéroport qui les ont empêchés de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l'État en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux.

e L'objet de la restriction de l'application de l'article premier aux limites prescrites «par une règle de droit» est de soustraire à la portée de l'article premier la conduite purement arbitraire. Comme l'a affirmé le

which is purely arbitrary. As Le Dain J. stated in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, 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. The limit may also result from the application of a common law rule.

On the same approach, a common law rule was subjected to s. 1 in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573,

Under the *Civil Code* of Quebec (or the common law of other provinces) the Crown as property owner is entitled to withdraw permission from an invitee to be present on its property, subject always to the *Charter*. The act of the airport administrator in limiting expression pursuant to that power constitutes the exercise of a discretion conferred on his or her employer by the Code. The limit, in other words, results from the application of the Code. It follows that it is "prescribed by law" within the test set out by Le Dain J. in *Therens*.

From a practical point of view, it would be wrong to limit the application of s. 1 to enacted laws or regulations. That would require the Crown to pass detailed regulations to deal with every contingency as a pre-condition of justifying its conduct under s. 1. In my view, such a technical approach does not accord with the spirit of the *Charter* and would make it unduly difficult to justify limits on rights and freedoms which may be reasonable and, indeed, necessary.

#### *The Balance Under s. 1*

It is under s. 1 of the *Charter* that the respective interests of the individual in free expression and the state in limiting that expression are addressed. The exercise is one of balancing. The balancing must be done contextually, having regard to the facts and val-

jeuge Le Dain dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 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. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

Dans la même veine, l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 a assujéti une règle de common law à l'application de l'article premier.

En vertu du *Code civil* du Québec (ou de la common law des autres provinces), le gouvernement a le droit, à titre de propriétaire, de retirer à un invité la permission de se trouver sur sa propriété, toujours sous réserve de la *Charte*. Le geste accompli par le directeur de l'aéroport lorsqu'il a restreint l'expression conformément à ce pouvoir constitue l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le Code confère à son employeur. En d'autres termes, la restriction résulte de l'application du Code. Il s'ensuit qu'elle est «prescrite par une règle de droit» au sens du critère établi par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*.

D'un point de vue pratique, il serait mal venu de limiter l'application de l'article premier aux lois et aux règlements adoptés par le législateur. L'État serait alors tenu d'adopter des règlements détaillés portant sur toutes les éventualités imaginables, avant de pouvoir justifier sa conduite en vertu de l'article premier. À mon avis, une approche aussi technique n'est pas conforme à l'esprit de la *Charte* et rendrait indûment difficile la justification des restrictions apportées aux droits et libertés qui peuvent être raisonnables et, de fait, nécessaires.

#### *i L'évaluation en vertu de l'article premier*

C'est en vertu de l'article premier de la *Charte* que sont abordés les intérêts respectifs du citoyen en matière de liberté d'expression et de l'État en matière de restriction de cette expression. Il s'agit d'un exercice d'évaluation qui doit se faire selon le contexte,

ues of the particular case before the Court: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, *per Wilson J.* at pp. 1355-56.

The question is whether the Crown's refusal to permit the respondents to distribute their pamphlets and solicit memberships for their organization from members of the public in Dorval Airport is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society." Thus, onus lies on the Crown of establishing this.

I propose to discuss first the question of how the balancing required by s. 1 can best be achieved in a case such as this. I will then turn to a more specific look at the values and interests to be considered in striking the balance in the case of a limit on the use of state-owned property for public expression.

The *Charter* recognizes that the exercise of constitutional rights inevitably raises conflicts. Sometimes the conflict is with another right. Sometimes the conflict is with another interest, usually public. As a result, rights cannot be viewed as absolute. Sometimes a right must yield to another, conflicting right; sometimes a right must give way to an overriding objective of public importance. The difficult question is where the balance between the conflicting rights or interests should be struck.

It follows from the fact that the right in question is constitutionally guaranteed as fundamental in our society that it should be trampled on no more than is clearly necessary and justified. Only if certain conditions are established can a limit on a fundamental right or freedom be justified. First, the state should be required to demonstrate a compelling reason for the limitation. Second, the limit on the right should not go beyond what is necessary to achieve that objective—it should not be overbroad, and should contain sufficient safeguards to ensure that as the law is applied, the right in fact will not be infringed more than necessary. This latter danger may occur, for example, if too much discretion is granted to admin-

compte tenu des faits et des valeurs en jeu dans le litige soumis au tribunal: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Wilson, aux pp. 1355 et 1356.

Il s'agit de déterminer si la décision de l'État de refuser aux intimés l'autorisation de distribuer leurs brochures et d'inviter les membres du public présents à l'aéroport de Dorval à adhérer à leur organisation constitue une limite «raisonnable» «dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Il incombe donc à Sa Majesté d'en faire la preuve.

Je vais tout d'abord étudier la question de savoir comment l'évaluation requise par l'article premier peut le mieux se faire dans un cas comme celui-ci. J'examinerai ensuite plus spécifiquement les valeurs et les intérêts qu'il faut considérer pour atteindre l'équilibre dans le cas d'une restriction de l'utilisation d'une propriété d'État à des fins d'expression publique.

La *Charte* reconnaît que l'exercice des droits garantis par la Constitution soulève inévitablement des conflits. Il y a conflit parfois avec un autre droit, parfois avec un autre intérêt, habituellement d'ordre public. En conséquence, les droits ne peuvent être considérés comme absolus. Un droit doit parfois céder le pas à un autre qui lui est opposé; un droit doit parfois céder le pas devant un objectif primordial d'importance publique. La question difficile est de savoir où se situe l'équilibre entre les droits ou les intérêts opposés.

Puisque le droit en cause est garanti par la Constitution comme un droit fondamental dans notre société, on ne devrait pouvoir y déroger que dans la mesure où cela est nettement nécessaire et justifié. La restriction d'une liberté ou d'un droit fondamentaux ne peut se justifier qu'à certaines conditions. Premièrement, l'État devrait être tenu de faire la preuve d'une raison sérieuse d'apporter la restriction. Deuxièmement, la restriction imposée au droit ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif—elle ne devrait pas être de portée trop générale et devrait comprendre des garanties suffisantes pour assurer que l'application de la règle de droit ne portera pas atteinte plus que nécessaire au



istrators charged with applying the limit or law in question.

These concerns are reflected in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, where this Court laid down guidelines to assist judges in determining whether a limit on a *Charter* right or freedom was “reasonable” and “demonstrably justified in a free and democratic society.” It was there held that two conditions must be met if a limit on a right is to be justified. First, the objective which the limit is designed to serve must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to attain the objective are reasonably and demonstrably justified. It was suggested in *Oakes* that the second condition is met if the Court is satisfied: (1) that the limit is rationally connected to the objective; (2) that the means impairs the right or freedom in question as little as possible; and (3) that the effect of the limit is proportionate to the legislative objective.

Counsel for the Attorney General for Ontario urged us to avoid a mechanical application of the *Oakes* criteria. He expressed concern that the *Oakes* test, applied literally, might preclude virtually all limitations by the state on expression on government property, since it would be difficult if not impossible in most cases to demonstrate that the measure impaired the speaker’s rights as little as possible.

I share this concern with an overly mechanical application of the *Oakes* criteria. Without undermining the fundamental requirement that a limit on a right must not be overbroad and must contain sufficient safeguards to prevent unwarranted intrusions on individual rights in the application of the law, the practical limitations of legislation must also be recognized. The reality is that the government must develop rules and policies which apply to many cases. It may be impossible to tailor a rule to fit the

droit en question. Ce dernier risque peut exister, par exemple, si les administrateurs chargés d’appliquer la restriction ou la règle de droit en cause jouissent d’un trop grand pouvoir discrétionnaire.

L’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, traite de ces préoccupations. Notre Cour y a énoncé des lignes directrices pour aider les juges à décider si une restriction imposée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* constituait une limite «raisonnable» «dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». On y a conclu qu’il faut remplir deux conditions pour justifier la restriction d’un droit. Premièrement, l’objectif que vise à servir la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit garanti par la Constitution. Deuxièmement, si la preuve de l’existence d’un tel objectif a été faite, la partie qui invoque l’article premier doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. On a dit dans *Oakes* que la deuxième condition est remplie si le tribunal est convaincu (1) qu’il existe un lien rationnel entre la restriction et l’objectif, (2) que les moyens choisis sont de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et (3) que l’effet de la restriction est proportionnel à l’objectif visé par la loi.

L’avocat du procureur général de l’Ontario nous exhorte à éviter une application machinale du critère de l’arrêt *Oakes*. Il s’est inquiété du fait que l’application littérale du critère de l’arrêt *Oakes* pourrait pratiquement empêcher l’État de restreindre l’expression sur une propriété gouvernementale puisque, dans la plupart des cas, il serait difficile, voire impossible, d’établir que la mesure adoptée porte le moins possible atteinte aux droits de la personne qui s’exprime.

L’application trop machinale du critère de l’arrêt *Oakes* me préoccupe tout autant. Sans vouloir diminuer l’importance du fait qu’une restriction imposée à un droit ne doit pas avoir une portée trop générale et qu’elle doit contenir des garanties suffisantes pour empêcher les empiétements injustifiés sur les droits individuels dans l’application de la règle de droit, il faut aussi reconnaître les limites pratiques d’une mesure législative. En réalité, le gouvernement doit concevoir des règles et des politiques qui s’appli-

precise circumstances of each individual case, with the result that with the benefit of hindsight a less restrictive limit can be conceived for a particular situation. As this Court pointed out in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive. What is required by s. 1 is that the limit be reasonable and justifiable in a free and democratic society. If the limit represents a reasonable legislative choice tailored so as to limit the right in question as little as possible the minimum impairment requirement is met. What must be guarded against are the evils of vagueness and overbreadth, the broad sweep that catches more conduct than is justified by the government's objective.

Against this background, I turn to the values and interests which are engaged by limits on free expression on government property. The state may have either of two dominant objectives in regulating expression on government property. First, its primary aim may be seeking to control the content of the expression, as where particular messages are banned in a public forum. Alternatively, its purpose may be merely to control the consequences of public expression on the property in question, regardless of the meaning conveyed by the expression. In the latter case, the major consideration from the state's point of view is generally the compatibility of the property's purpose or function with the expressive activities in question.

It is sometimes observed that content-neutral restrictions may be easier to justify than content-based restrictions. This follows from the fact that content-neutral restrictions are likely to be (a) more closely tied to the function or purpose of the place in question, and/or (b) less objectionable than content restrictions. Thus the balance will more often fall on

quent à bien des cas. Il peut être impossible de concevoir une règle adaptée aux circonstances particulières de chaque cas, de sorte qu'avec le recul il est possible d'imaginer une restriction moins large dans une situation donnée. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, il convient d'avoir de l'égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d'application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive. L'article premier exige que la limite soit raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique. Si la restriction constitue un choix législatif raisonnable, conçu de façon à limiter le moins possible le droit en question, cela satisfait à l'exigence d'atteinte minimale. Ce contre quoi il faut se prémunir, ce sont les fléaux de l'imprécision et de la portée excessive, ce large éventail qui couvre plus de conduites que ce qui est justifié par l'objectif du gouvernement.

Dans ce contexte, j'examinerai maintenant les valeurs et les intérêts que soulèvent les restrictions imposées à la liberté d'expression dans une propriété gouvernementale. Lorsqu'il décide de réglementer l'expression dans sa propriété, l'État peut viser l'un ou l'autre de deux objectifs principaux. Tout d'abord, il peut avoir pour objectif premier de contrôler le contenu de l'expression, comme c'est le cas lorsque des messages particuliers sont interdits dans un forum public. De façon subsidiaire, il peut tout simplement avoir pour objectif de contrôler les conséquences qu'a l'expression publique sur la propriété en cause, peu importe le message transmis. Dans ce dernier cas, l'État se préoccupe surtout, de façon générale, de la compatibilité de l'objectif ou de la fonction de sa propriété avec les activités d'expression en cause.

On remarque parfois qu'il est plus facile de justifier des restrictions qui ne sont pas liées au contenu que celles qui le sont. Cela découle du fait que les restrictions non liées au contenu sont susceptibles a) d'être associées de plus près à la fonction ou à l'objectif du lieu en cause ou b) d'être moins inacceptables que les restrictions liées au contenu. Ainsi, la

the side of the state. But care must be taken to avoid the trap of acceding to limits on expression on the basis that they relate to content-neutral consequences rather than content. Denial of a particular time, place or manner of expression regardless of content may effectively mean denial of the right to communicate. Conversely, as abhorrent as arbitrary or unfair content-related limitations may be, it must be conceded that when carefully tailored they may be integrally tied to important government purposes outweighing any interest a speaker may have in communicating a conflicting message. Restrictions on content may be capable of being justified on the basis that certain messages are incompatible with the purpose or function of a particular government institution. Pornography or literature promoting drug use, for example, might be legitimately banned at a school or a children's festival in a government park. The point is that generalizations are of little assistance. What is essential is that the court in each case undertake the process of balancing and weighing the true interests at stake with a view to determining whether the limit on free expression in question is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society."

It may be useful to elaborate on the concept of the function or use of government property in the context of the second category, that of content-neutral restrictions. Purpose or function may extend beyond the mechanical aspects of the task to which the location is dedicated, to embrace considerations such as decorum or fairness that affect its overall long-term functioning. For example, political placards might be barred from a courtroom, not because they would be likely to disrupt or influence the judge, but rather because they interfere with the dignity and decorum of the courtroom. In reducing the aura of impartiality which is sought to be maintained in the courtroom, they may in a larger sense detract from its purpose and impact on its function.

balance penchera souvent du côté de l'État. Mais il faut prendre soin d'éviter le piège que présente l'acceptation des restrictions imposées à l'expression pour le motif qu'elles ont trait à des conséquences non liées au contenu plutôt qu'au contenu lui-même. L'exclusion de certaines heures, d'un certain lieu ou d'un certain mode d'expression, peu importe le contenu, peut en effet signifier la négation du droit de communiquer. À l'inverse, aussi répugnantes et arbitraires ou injustes que puissent être les restrictions liées au contenu, il faut admettre que, lorsqu'elles sont bien conçues, elles peuvent être intégralement liées à des objectifs gouvernementaux supérieurs à tout intérêt que la personne qui s'exprime peut avoir à communiquer un message discordant. Les restrictions imposées au contenu peuvent se justifier en ce que certains messages sont incompatibles avec l'objectif ou la fonction d'une institution particulière du gouvernement. Il pourrait être légitime, par exemple, d'interdire la pornographie ou la documentation favorisant l'usage de drogues dans une école ou lors d'un festival pour enfants tenu dans un parc gouvernemental. Essentiellement, il est peu utile de généraliser. Ce qui importe, c'est que, dans chaque cas, le tribunal procède à l'évaluation et à l'appréciation des véritables intérêts en jeu, en vue de déterminer si la restriction apportée à la liberté d'expression est une limite «raisonnable» «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

Il peut être utile d'approfondir la notion de fonction ou d'utilisation de la propriété gouvernementale dans le contexte de la deuxième catégorie, c'est-à-dire celle des restrictions non liées au contenu. L'objectif ou la fonction peuvent aller au-delà des aspects mécaniques de la vocation de l'endroit en question, pour comprendre d'autres facteurs comme les convenances ou l'équité, qui touchent son fonctionnement global à long terme. Par exemple, il pourrait être interdit d'installer des affiches politiques dans un prétoire, non pas parce qu'elles sont susceptibles de déranger ou d'influencer le juge, mais parce qu'elles nuisent à la dignité et au décorum de la salle d'audience. En réduisant l'impression d'impartialité que l'on cherche à maintenir dans le prétoire, elles peuvent, de façon plus générale, nuire à son objet et influencer sur sa fonction.

I have discussed the government interest in placing restrictions on various forums for public expression. On the other side of the balance lies the interest of the individual in effectively communicating his or her message to members of the public. It is this interest which s. 2(b) is aimed at protecting. Considerations include the following. How suitable is the location for the effective communication of the message to the public? Does the property in question have special symbolic significance for the message being communicated? Are there other public arenas in the vicinity in which the expression can be disseminated? In short, what does the claimant lose by being denied the opportunity to spread his or her message in the form and at the time and place asserted?

I return to the facts of this case and the two conditions set out in *Oakes* for justification under s. 1. First, is the state's objective of sufficient importance that it is capable of overriding a *Charter* right? Second, are the means chosen to effect the objective "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society"? In my view, the Crown has failed to establish either of these criteria in the case at bar. I turn first to the objective of the restriction. The government's objective in imposing the limit amounts to little more than the assertion—more as an article of faith than a rationally supported proposition—that an airport is not an appropriate place for this type of communication. The Crown points to nothing in the function or the purpose of an airport which is incompatible with the respondents' conduct. It follows that the Crown has failed to establish an objective of sufficient importance to override a *Charter* right.

Even if the objective were sufficient, the means chosen to implement it would preclude justification of the restriction under s. 1 of the *Charter*. They cannot be described as either reasonable or proportionate to the respondents' interest in conveying their message pursuant to their right under s. 2(b) of the *Charter*. The practice of airport authorities of preventing

J'ai traité de l'intérêt qu'a le gouvernement à imposer des restrictions à l'utilisation de différents forums à des fins d'expression publique. Sur l'autre plateau de la balance se trouve l'intérêt qu'a le citoyen à communiquer efficacement son message au public. C'est cet intérêt que l'al. 2b) vise à protéger. Il faut tenir compte notamment des facteurs suivants. Dans quelle mesure l'endroit convient-il à la communication efficace du message au public? La propriété en question a-t-elle une signification symbolique particulière en ce qui a trait au message transmis? Y a-t-il d'autres tribunes publiques dans les environs qui peuvent servir à la dissémination du message? Bref, que perd le requérant s'il est privé de l'occasion de propager son message sous la forme, au moment et à l'endroit choisis?

Je reviens aux faits de l'espèce et aux deux conditions énoncées dans l'arrêt *Oakes* pour qu'une limite soit justifiée en vertu de l'article premier. Premièrement, l'objectif de l'État est-il suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*? Deuxièmement, les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont-ils des moyens «raisonnables» «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»? À mon avis, Sa Majesté n'a fait la preuve ni de l'un ni de l'autre de ces critères en l'espèce. Examinons tout d'abord l'objectif de la restriction. Lorsqu'il impose cette restriction, le gouvernement n'a pas vraiment d'autre but que d'affirmer—bien plus sous forme d'article de foi que de proposition logique—qu'un aéroport ne constitue pas un lieu convenable pour ce genre de communication. Sa Majesté n'a indiqué aucun élément de la fonction ou de l'objectif d'un aéroport qui soit incompatible avec la conduite des intimés. Il s'ensuit que Sa Majesté n'a pas fait la preuve de l'existence d'un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*.

Même si l'objectif était suffisant, les moyens choisis pour l'atteindre écarteraient toute justification de la restriction en vertu de l'article premier de la *Charte*. Ils ne sauraient être considérés comme raisonnables ou proportionnels à l'intérêt qu'ont les intimés à transmettre leur message, conformément au droit que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte*. La pra-

all “political propaganda activities” constitutes a blanket exclusion of political solicitation in the airport unrelated to concerns for its function and devoid of safeguards to protect against over-reaching application. A broader, less sensitive prohibition is difficult to conceive. The airport policy makes no concession whatever to the convincing reasons which the respondents advance in support of their right to disseminate their message in Dorval Airport. Few places offer as convenient a means for reaching a wide cross-section of the public, especially for groups and individuals lacking the resources to communicate through the established media. In short, the proportionality required to establish that the limit is “reasonable” and “demonstrably justified” is entirely lacking.

I conclude that the limitation in question is overbroad and hence is not saved by s. 1.

### III. Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the questions as proposed by L'Heureux-Dubé J.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the respondents: Gérard Guay, Hull.*

*Solicitor for the intervenor the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General for the province of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervenors Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little and Thomas Richard Jones: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.*

tique suivie par les autorités de l'aéroport, interdisant toutes les «activités de propagande politique», constitue une exclusion générale de la sollicitation politique à l'aéroport qui n'a rien à voir avec les préoccupations relatives à sa fonction et ne contient aucune garantie de protection contre une application excessive. Il est difficile de concevoir une interdiction plus large, moins subtile. La politique de l'aéroport ne laisse aucune place aux motifs convaincants qu'avancent les intimés à l'appui de leur droit de transmettre leur message à l'aéroport de Dorval. Peu d'endroits offrent une façon aussi pratique de rejoindre un échantillon aussi varié de la population, surtout pour les groupes et les individus qui n'ont pas les moyens de faire appel aux médias établis. Bref, la proportionnalité requise pour démontrer s'il s'agit d'une limite «raisonnable» «dont la justification puisse se démontrer» n'existe absolument pas.

Je conclus que la restriction en question est trop générale et qu'elle n'est donc pas sauvegardée par l'article premier.

### e III. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur des intimés: Gérard Guay, Hull.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général de la province d'Ontario, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little et Thomas Richard Jones: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.*

IN THE MATTER OF a reference to the Supreme Court of the Province of Prince Edward Island, Appeal Division, pursuant to the Provisions of the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I., 1974, Cap. S-102, that the Lieutenant Governor in Council for the Province of Prince Edward Island has requested the Supreme Court Appeal Division for the Province of Prince Edward Island to hear and consider in accordance with the provisions of s. 18 of the *Supreme Court Act*, the questions contained in an Order of the Lieutenant Governor in Council, being No. EC364/88, which questions generally concern the constitutional validity of the *Young Offenders Act*, Stats. Can. 1980-81-82-83, Cap. 110, and of the Youth Court in the Province of Prince Edward Island and the constitutional validity of the appointment process of Youth Court Judges

D.T.M. *Appellant*

v.

The Attorney General of Prince Edward Island and the Attorney General of Canada *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick and the Attorney General of Nova Scotia *Interveners*

INDEXED AS: REFERENCE RE YOUNG OFFENDERS ACT (P.E.I.)

File No.: 21245.

DANS L'AFFAIRE D'UN RENVOI à la Cour suprême de la province de l'Île-du-Prince-Édouard, Division d'appel, en application de la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I., 1974, ch. S-102, par lequel le lieutenant-gouverneur en conseil de la province de l'Île-du-Prince-Édouard a demandé à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard d'entendre et d'examiner, conformément à l'art. 18 de la *Supreme Court Act*, les questions formulées dans le décret du lieutenant-gouverneur en conseil portant le n° EC364/88, lesquelles questions portent de manière générale sur la validité constitutionnelle de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, et du tribunal pour adolescents dans la province de l'Île-du-Prince-Édouard, et sur la validité constitutionnelle du processus de nomination des juges du tribunal pour adolescents

D.T.M. *Appellant*

*f*  
c.

*g*  
Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard et le procureur général du Canada *Intimés*

et

*h*  
Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intervenants*

*j*  
RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LES JEUNES CONTREVENANTS (Î.-P.-É.)

N° du greffe: 21245.

1990: May 31\*.

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

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.*

*Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Whether youth court judges must be appointed by Governor in Council — Whether supreme court and provincial court judges can be appointed youth court judges by Lieutenant Governor in Council — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.*

Appellant, a young person within the meaning of the *Young Offenders Act*, was charged with an offence under the *Criminal Code* and appeared before a judge of the P.E.I. provincial court sitting as a youth court judge, who declined jurisdiction. The Lieutenant Governor in Council referred certain questions to the P.E.I. Supreme Court, Appeal Division, which raised the following issues: (1) whether the *Young Offenders Act* is unconstitutional to the extent it does not specifically require that the youth court be presided over by a judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*; (2) whether the establishment of a youth court is within provincial legislative competence; (3) whether a youth court judge must be appointed by the Governor in Council; and, if not, (4) whether provincial court judges and supreme court judges can be appointed judges of the youth court by the Lieutenant Governor in Council. The court found that provincially appointed judges could

\* Reasons delivered February 7, 1991.

\*\* Chief Justice at the time reasons delivered.

1990: 31 mai\*.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

*Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges des cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.*

*Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges des cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Les juges des tribunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le gouverneur en conseil? — Les juges des cours suprêmes et des cours provinciales peuvent-ils être nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.*

L'appellant, un adolescent au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, a été inculpé d'une infraction au *Code criminel* et il a comparu devant un juge de la Cour provinciale de l'Î.-P.-É. siégeant comme juge du tribunal pour adolescents, qui s'est déclaré incompétent pour connaître de l'affaire. Le lieutenant-gouverneur en conseil a soumis certaines questions à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Î.-P.-É., soulevant les points litigieux de savoir (1) si la *Loi sur les jeunes contrevenants* est inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'exige pas expressément que le tribunal pour adolescents soit présidé par un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (2) si l'établissement d'un tribunal pour adolescents relève de la compétence législative provinciale; (3) si un juge du tribunal pour adolescents doit être nommé par le gouverneur en conseil; et, dans la négative (4) si les juges des cours provinciales et les juges des cours suprêmes peu-

\* Motifs déposés le 7 février 1991.

\*\* Juge en chef à la date du dépôt des motifs.

preside over youth courts without offending s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, that the establishment of youth courts is within provincial competence, that youth court judges need not be appointed by the Governor in Council, and that provincial court judges and supreme court judges can be appointed youth court judges by the Lieutenant Governor in Council.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Gonthier and Cory JJ.: The jurisdiction conferred on youth courts by the *Young Offenders Act* is not reserved to superior court judges under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. The first step of the test set out in the *Residential Tenancies* case for deciding if a power or jurisdiction can be constitutionally given to an inferior court or an administrative tribunal involves determining whether it was exercised exclusively by the superior courts at the time of Confederation. The characterization of the issue must be sufficiently narrow to avoid large accretions of jurisdiction by inferior courts but not so narrow as to freeze their jurisdiction at what it was in 1867. The jurisdiction in issue here, which should be characterized as jurisdiction over young persons charged with a criminal offence, did not exist at Confederation but was part of a scheme designed to respond to a novel concern of society. Although in a limited number of circumstances prior to 1867 some distinction was made between young persons and adults as regards offences, these isolated examples cannot be compared with the comprehensive scheme set up by the *Young Offenders Act*, which recognizes the special situation and special needs of young offenders, and is primarily oriented towards rehabilitation rather than punishment. The first step of the *Residential Tenancies* test has thus been satisfied and inferior courts are competent to exercise the jurisdiction provided for in the *Young Offenders Act*. Further, even if such jurisdiction had existed at Confederation, it would have been in the nature of powers exercised by inferior courts, since offences that were less stigmatized and which carried light sentences were already within their jurisdiction in 1867.

vent être nommés juges du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil. La cour a conclu que les juges nommés par les provinces pouvaient présider les tribunaux pour adolescents sans enfreindre l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que l'établissement d'un tribunal pour adolescents relève de la compétence provinciale, qu'il n'est pas nécessaire qu'un juge du tribunal pour adolescents soit nommé par le gouverneur en conseil, et que les juges des cours provinciales et les juges des cours suprêmes peuvent être nommés juges du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier et Cory: La compétence conférée aux tribunaux pour adolescents par la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'est pas réservée aux juges des cours supérieures par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La première étape du critère établi dans le *Renvoi sur la location résidentielle* pour déterminer si, suivant la Constitution, une compétence ou un pouvoir peut être attribué à un tribunal inférieur ou à un tribunal administratif consiste à établir si il ou elle était exercé exclusivement par les cours supérieures au moment de la Confédération. La qualification de la question en litige doit être suffisamment étroite pour éviter d'importantes augmentations de la compétence des tribunaux inférieurs, mais non étroite au point de figer leur compétence à ce qu'elle était en 1867. La compétence en cause, qui devrait être définie comme la compétence à l'égard d'adolescents inculpés d'une infraction criminelle, n'existait pas à l'époque de la Confédération, mais elle faisait partie d'un régime destiné à répondre à une nouvelle préoccupation de la société. Une certaine distinction a été faite dans un nombre limité de cas antérieurs à 1867 entre les adultes et les adolescents, en matière d'infractions criminelles, mais on ne peut nullement comparer ces exemples isolés au régime législatif complet mis en place par la *Loi sur les jeunes contrevenants* qui reconnaît la situation particulière ainsi que les besoins spéciaux des jeunes contrevenants et vise principalement la réadaptation plutôt que le châtime. Le premier volet du critère formulé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* a donc été respecté et les tribunaux inférieurs sont habilités à exercer la compétence prévue par la *Loi sur les jeunes contrevenants*. En outre, même si une telle compétence avait existé à l'époque de la Confédération, elle aurait été assimilable aux pouvoirs qui étaient exercés par les tribunaux inférieurs, puisque les infractions qui entraînaient une stigmatisation moindre et qui étaient passibles de peines légères relevaient déjà de leur compétence en 1867.



A superior court judge can be appointed a judge of a youth court by the Lieutenant Governor in Council. Section 96 of the *Constitution Act, 1867*, which is not designed to protect a “core” of jurisdiction for inferior courts but operates to protect the core jurisdiction of superior courts, does not preclude any level of government from giving superior court judges jurisdiction which did not exist in 1867. Superior courts have long been recognized as courts of general competence and it is only if jurisdiction is validly granted to another body that they will be prevented from exercising the power in question.

*Per Wilson and McLachlin JJ.:* While a substantial part of Lamer C.J.’s reasons were agreed with, the three-part test established in the *Residential Tenancies* and *Sobeys Stores* decisions must be applied to cases of this kind. While inferior courts in the four confederating provinces did in certain cases have limited jurisdiction over young offenders, the vast majority of the offences now covered by the *Young Offenders Act* were required to be tried before the superior courts of the province. The jurisdiction of the youth courts thus broadly conforms to that exercised by s. 96 courts at Confederation, and it is necessary to determine whether it is a “judicial power”, under the second branch of the *Residential Tenancies* test. Unlike the administrative bodies for which this part of the test was designed, the youth courts are just criminal courts with a specialized clientele, and their function is clearly judicial in nature. It is therefore necessary to go on to determine whether the powers of the youth courts are “necessarily incidental” to broader policy aims set out in the Act or whether they are effectively usurping the role of s. 96 courts. The aim of the legislation, which focuses on rehabilitation rather than punishment and stigmatization, is both legitimate and desirable and the powers bestowed upon youth courts are necessarily incidental to its attainment. The powers conferred by the Act on youth courts should therefore be upheld under the third part of the *Residential Tenancies* test.

*Per La Forest and L’Heureux-Dubé JJ.:* Only the first stage of the *Residential Tenancies* test, i.e. whether the upheld power came within the core functions of a

Un juge d’une cour supérieure peut être nommé juge d’un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil. L’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui n’est pas conçu pour protéger de quelque manière une compétence fondamentale aux tribunaux inférieurs, mais a pour effet de protéger l’essentiel de la compétence des cours supérieures, n’empêche aucun des niveaux de gouvernement d’attribuer aux juges des cours supérieures une compétence qui n’existait pas en 1867. Il est depuis longtemps reconnu que les cours supérieures sont des tribunaux de compétence générale, et ce n’est que lorsqu’une compétence a été validement conférée à un autre organisme qu’elles ne peuvent exercer le pouvoir en cause.

*Les juges Wilson et McLachlin:* Bien qu’il y ait accord avec une partie importante des motifs du juge en chef Lamer, le critère à trois volets établi dans le *Renvoi sur la location résidentielle* et l’arrêt *Sobeys Stores* doit être appliqué dans les affaires de ce genre. Même si les tribunaux inférieurs dans les quatre provinces qui ont formé la Confédération avaient dans certains cas une compétence limitée à l’égard des jeunes contrevenants, la grande majorité des infractions qui sont maintenant visées par la *Loi sur les jeunes contrevenants* devaient être jugées devant les cours supérieures de la province. La compétence des tribunaux pour adolescents visés dans le présent pourvoi correspond généralement à celle qu’exerçaient les cours visées à l’art. 96 à l’époque de la Confédération et il est nécessaire de déterminer s’il s’agit d’un «pouvoir judiciaire» en vertu du deuxième volet du critère établi dans le *Renvoi sur la location résidentielle*. Contrairement aux organismes administratifs pour lesquels cette partie du critère était conçue, les tribunaux pour adolescents sont simplement des cours de justice de juridiction criminelle visant une clientèle spécialisée, et leur fonction est de toute évidence de nature judiciaire. Il est donc nécessaire de déterminer ensuite si les pouvoirs des tribunaux pour adolescents sont «nécessairement accessoires» à des objectifs visés par les grandes politiques énoncées dans la Loi ou si en fait ces tribunaux usurpent le rôle des cours visées à l’art. 96. L’objectif de la loi, qui met l’accent sur la réadaptation plutôt que sur la peine et la stigmatisation, est à la fois légitime et souhaitable et les pouvoirs conférés aux tribunaux pour adolescents sont nécessairement accessoires à sa réalisation. Les pouvoirs que confère la Loi aux tribunaux pour adolescents doivent donc être confirmés aux termes du troisième volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*.

*Les juges La Forest et L’Heureux-Dubé:* Seul doit être envisagé le premier volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, qui consiste à déterminer si le

superior court at Confederation, need be considered. The second and third stages of that test are of no relevance to the question of whether an ordinary court is exercising a function historically assigned to superior courts; they apply only to administrative tribunals. The sole question then is the proper characterization of the power. For the reasons given by Lamer C.J., the *Young Offenders Act* constitutes a jurisdiction over young persons offending the criminal law that did not exist at Confederation but is part of a general scheme designed to respond to a novel concern of society and is not part of the core jurisdiction protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; **considered:** *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238; **referred to:** *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702; *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] S.C.R. 600; *Ministre du Revenu National v. Lafleur*, [1964] S.C.R. 412; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. M.(S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134.

By Wilson J.

**Applied:** *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238; **referred to:** *R. v. M.(S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446.

By La Forest J.

**Considered:** *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; **referred to:** *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238.

### Statutes and Regulations Cited

*Act for the more speedy trial and punishment of juvenile offenders*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 29.

pouvoir contesté faisait partie des fonctions essentielles d'une cour supérieure au moment de la Confédération. Les deuxième et troisième volets de ce critère n'ont rien à voir avec la question de savoir si une cour ordinaire exerce une fonction historiquement attribuée aux cours supérieures; ils ne s'appliquent qu'aux tribunaux administratifs. La seule question est alors la bonne qualification du pouvoir. Pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer, la *Loi sur les jeunes contrevenants* attribue une compétence sur les adolescents qui ont enfreint le droit criminel, compétence qui n'existait pas au moment de la Confédération, qui appartient à un régime destiné à répondre à un besoin nouveau de la société et qui ne relève pas de l'essentiel de la compétence réservée en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt appliqué:** *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; **arrêt examiné:** *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238; **arrêts mentionnés:** *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702; *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] R.C.S. 600; *Ministre du Revenu National v. Lafleur*, [1964] R.C.S. 412; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. M.(S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134.

Citée par le juge Wilson

**Arrêts appliqués:** *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238; **arrêt mentionné:** *R. c. M.(S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446.

Citée par le juge La Forest

**Arrêt examiné:** *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238.

### Lois et règlements cités

*Acte pour abolir le droit qu'ont les cours de sessions de quartier et des cours de recorder de juger les cas de*

*Act to abolish the right of Courts of Quarter Sessions and Recorders' Courts to try Treasons and Capital Felonies*, S. Prov. C. 1861, 24 Vict., c. 14.

*Act to Re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35.

*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92, 96.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 469.

*Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40.

*Juvenile Delinquents Act, 1929*, S.C. 1929, c. 46.

*Of petty offences, trespasses, and assaults*, R.S.N.S. 1864, c. 147.

*State Children Act, 1895* (S. Austl.), 58 & 59 Vict., No. 641.

*Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, ss. 2, 5 [am. 1986, c. 32, s. 3], 20.

APPEAL from an opinion pronounced by the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 115, 229 A.P.R. 115, 55 D.L.R. (4th) 539, 45 C.C.C (3d) 264, on a reference to determine the constitutional validity of the *Young Offenders Act*, the establishment by the province of Youth Courts and the appointment by the province of Youth Court judges. Appeal dismissed.

*J. McEvoy and J. L. MacDougall*, for the appellant.

*R. B. Hubley, Q.C.*, and *Agnes MacDonald*, for the respondent the Attorney General of Prince Edward Island.

*John R. Power, Q.C.*, *James Mabbutt, Q.C.*, and *James Bissell*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*John Cavarzan, Q.C.*, and *Timothy Macklem*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jean Bouchard and Jean Turmel*, for the intervener the Attorney General of Québec.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Robert E. Lutes and Louise Walsh Poirier*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*trahison et félonies capitales*, S. Prov. C. 1861, 24 Vict., ch. 14.

*Acte pour accélérer le procès et la punition des jeunes délinquants*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., ch. 29.

*Acte pour réunir les provinces du Haut et du Bas-Canada, et pour le gouvernement du Canada* (R.-U.), 3 & 4 Vict., ch. 35.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 469.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92, 96.

*Loi des jeunes délinquants, 1908*, S.C. 1908, ch. 40.

*Loi des jeunes délinquants, 1929*, S.C. 1929, ch. 46.

*Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 2, 5 [mod. 1986, ch. 32, art. 3], 20.

*Of petty offences, trespasses, and assaults*, R.S.N.S. 1864, ch. 147.

*State Children Act, 1895* (Australie-Méridionale), 58 & 59 Vict., n° 641.

POURVOI contre une opinion donnée par la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 115, 229 A.P.R. 115, 55 D.L.R. (4th) 539, 45 C.C.C (3d) 264, par suite d'un renvoi pour déterminer la validité constitutionnelle de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, de l'établissement par la province de tribunaux pour adolescents et de la nomination de juges du tribunal pour adolescents par la province. Pourvoi rejeté.

*J. McEvoy et J. L. MacDougall*, pour l'appelant.

*R. B. Hubley, c.r.*, et *Agnes MacDonald*, pour l'intimé le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*John R. Power, c.r.*, *James Mabbutt, c.r.*, et *James Bissell*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*John Cavarzan, c.r.*, et *Timothy Macklem*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean Bouchard et Jean Turmel*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Robert E. Lutes et Louise Walsh Poirier*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

The reasons of Lamer C.J. and Gonthier and Cory JJ. were delivered by

LAMER C.J.—This case involves the issue of whether s. 96 of the *Constitution Act, 1867* precludes the appointment of inferior court judges to sit on Youth Courts pursuant to the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110. In other words, can provincially appointed judges preside over Youth Courts in view of the jurisdiction conferred upon Youth Courts by the *Young Offenders Act* or is that jurisdiction reserved by virtue of s. 96 of the *Constitution Act, 1867* to superior court judges?

### Facts

Pursuant to the provisions of the *Young Offenders Act*, the province of Prince Edward Island had designated the Provincial Court of Prince Edward Island as a Youth Court. The appellant, a young person within the meaning of the *Young Offenders Act*, had been charged with an offence under the *Criminal Code* and had appeared before a judge of the Provincial Court who was sitting as a judge of the Youth Court. Thompson Prov. Ct. J. declined jurisdiction. Subsequently, the Lieutenant Governor in Council referred the issues raised by this case to the Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division. Three questions concerning the constitutional validity of the *Young Offenders Act*, the establishment by the Province of Youth Courts and the appointment by the Province of the judges sitting in these courts, were the object of the reference. The questions were framed in the same way as the constitutional questions stated by Dickson C.J. for the appeal to this Court and are set out below.

### Issues

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on May 15, 1989:

1. Is the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, unconstitutional on the basis and to the extent that it does not specifically require that the Youth

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Gonthier et Cory rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il s'agit de déterminer en l'espèce si l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche la nomination de juges de tribunaux inférieurs pour présider des tribunaux pour adolescents conformément à la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110. En d'autres termes, les juges nommés par les provinces peuvent-ils présider les tribunaux pour adolescents compte tenu de la compétence conférée à ces tribunaux par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou cette compétence est-elle réservée aux juges des cours supérieures par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

### Les faits

Conformément aux dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, la province de l'Île-du-Prince-Édouard a désigné la Cour provinciale de cette province comme tribunal pour adolescents. L'appelant, un adolescent au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, a été inculpé d'une infraction au *Code criminel* et il a comparu devant un juge de la Cour provinciale siégeant comme juge du tribunal pour adolescents. Le juge en chef Thompson de la Cour provinciale s'est déclaré incompétent pour connaître de l'affaire. Par la suite, le lieutenant-gouverneur en conseil a soumis les points litigieux soulevés par l'espèce à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard. Trois questions concernant la constitutionnalité de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, l'établissement par la province des tribunaux pour adolescents et la nomination par la province des juges présidant ces tribunaux ont fait l'objet du renvoi. Ces questions, qui sont semblables aux questions formulées par le juge en chef Dickson relativement au pourvoi soumis à notre Cour, sont énoncées ci-dessous.

### Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 15 mai 1989:

1. La *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, est-elle inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'exige pas expressément que le tri-

Court be presided over by a Judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

2. Is the establishment by a Province of a Youth Court as defined by s. 2 of the *Young Offenders Act* within the legislative competence of the Province pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

3. (a) Is the appointment of a Youth Court Judge an appointment which must be made by the Governor in Council pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

(b) If the answer to (a) is no,

(i) Can a Provincial Court Judge be appointed a Judge of the Youth Court by the Lieutenant Governor in Council?

(ii) Can a Supreme Court Judge be appointed a Judge of the Youth Court by the Lieutenant Governor in Council?

bunale pour adolescents soit présidé par un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. L'établissement par une province d'un tribunal pour adolescents au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* relève-t-il de la compétence législative de la province, conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

3. a) La nomination d'un juge du tribunal pour adolescents doit-elle être faite par le gouverneur en conseil, conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

b) Si la réponse donnée à a) est négative,

(i) Le juge d'une cour provinciale peut-il être nommé juge du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil?

(ii) Le juge d'une cour suprême peut-il être nommé juge du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil?

Relevant Statutory Provisions

*Young Offenders Act*

2. (1) ...

“offence” means an offence created by an Act of Parliament or by any regulation, rule, order, by-law or ordinance made thereunder other than an ordinance of the Yukon Territory or the Northwest Territories;

. . .

“youth court” means a court established or designated by or under an Act of the legislature of a province, or designated by the Governor in Council or the Lieutenant Governor in Council of a province, as a youth court for the purposes of this Act;

5. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to the *National Defence Act* and section 16, a youth court has exclusive jurisdiction in respect of any offence alleged to have been committed by a person while he was a young person and any such person shall be dealt with as provided in this Act.

. . .

(4) A youth court judge, for the purpose of carrying out the provisions of this Act, is a justice and a provincial court judge and has the jurisdiction and powers of a summary conviction court under the *Criminal Code*.

Les dispositions législatives applicables

*Loi sur les jeunes contrevenants*

2. (1) ...

«infraction» Toute infraction créée par une loi du Parlement ou par ses textes d'application: règlement, règle, ordre, décret, arrêté ou ordonnance, à l'exclusion des ordonnances du territoire du Yukon ou des territoires du Nord-Ouest.

. . .

«tribunal pour adolescents» Le tribunal établi ou désigné soit sous le régime d'une loi provinciale soit par le gouverneur en conseil ou par le lieutenant-gouverneur en conseil, pour exercer les attributions du tribunal pour adolescents aux fins d'application de la présente loi.

5. (1) Nonobstant toute autre loi du Parlement mais sous réserve de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 16, le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour toute infraction imputée à une personne et qu'elle aurait commise en cours d'adolescence; cette personne bénéficie des dispositions de la présente loi.

. . .

(4) Pour la mise en œuvre des dispositions de la présente loi, le juge du tribunal pour adolescents est juge de paix et magistrat et a les attributions que le *Code criminel* confère à la cour des poursuites sommaires.

*Constitution Act, 1867*

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next hereinafter enumerated; that is to say, —

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

Judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 115

*Mitchell J.A., Carruthers C.J. concurring*

Mitchell J.A. concluded that provincially appointed judges could preside over Youth Courts without offending s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. He was of the opinion that Provincial Courts, as Youth Courts, did not exercise any power reserved exclusively for s. 96 judges in view of the fact that under the *Young Offenders Act* they only have the

*Loi constitutionnelle de 1867*

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

27. le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle;

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

14. l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux;

96. Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

L'arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Division d'appel (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 115

*Le juge en chef Carruthers, avec l'appui du juge Mitchell*

Le juge Mitchell a conclu que les juges nommés par les provinces pouvaient présider des tribunaux pour adolescents sans enfreindre l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il était d'avis qu'en tant que tribunaux pour adolescents, les cours provinciales n'exercent aucun des pouvoirs réservés exclusivement aux juges nommés en vertu de l'art. 96, car

power to try offences carrying limited penalties compared to an adult charged under the same section of the *Criminal Code*.

He further concluded that the jurisdiction of the superior courts is not obliterated under the *Young Offenders Act* scheme because the Provincial Court as a Youth Court remains subject to the supervision of the superior court.

#### *McQuaid J.A.*

McQuaid J.A. found that the legislation was constitutionally valid, as he concluded that the *Young Offenders Act* is a new and distinct legal regime which could be administered by a provincial court judge. In reaching this decision, McQuaid J.A. considered at length the issues of the territorial scope and the date of reference of the historical inquiry necessary to discover whether a power is exclusively reserved, via s. 96, to superior court judges. After McQuaid J.A. wrote his opinion, this Court decided in *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, that the historical inquiry should focus on the situation in the four confederating provinces, with possible reference to the situation in England, at the time of Confederation. Therefore, most of McQuaid J.A.'s concerns have been decisively settled and are no longer in issue before this Court.

#### Analysis

This Court, in *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, addressed the issue of the constitutionality of the Juvenile Courts created under the authority of *The Juvenile Delinquents Act, 1929*, S.C. 1929, c. 46. The *Juvenile Delinquents Act* and the courts created under it can clearly be regarded as the ancestors of the *Young Offenders Act* and of the Youth Courts. Duff C.J. expressed his opinion that such courts could validly exercise the jurisdiction conferred upon them in the following way, at p. 422:

la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne leur confère que le pouvoir de juger des infractions passibles de peines limitées comparativement à celles qui peuvent être imposées à un adulte inculpé en vertu du même article du *Code criminel*.

Il a en outre conclu que la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne fait pas disparaître la compétence des cours supérieures car la Cour provinciale demeure, en sa qualité de tribunal pour adolescents, assujettie à la surveillance de la cour supérieure.

#### *Le juge McQuaid*

Le juge McQuaid a conclu que la législation était constitutionnelle, la *Loi sur les jeunes contrevenants* étant, à son avis, un nouveau régime juridique distinct qui peut être administré par un juge d'une cour provinciale. Sa conclusion reposait sur un examen approfondi des questions de l'étendue territoriale et de l'époque à considérer dans l'analyse historique nécessaire pour déterminer si un pouvoir est réservé exclusivement aux juges des cours supérieures par l'art. 96. Toutefois, après que le juge McQuaid a rédigé son opinion, notre Cour a statué dans l'arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, que l'analyse historique devrait porter principalement sur la situation existant dans les quatre provinces qui ont formé la Confédération et même, si nécessaire, sur celle prévalant en Angleterre, à l'époque de la Confédération. Par conséquent, la plupart des points soulevés par le juge McQuaid ont été tranchés de manière définitive et ne sont plus en litige devant notre Cour.

#### Analyse

Dans l'arrêt *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, notre Cour a examiné la constitutionnalité des cours pour jeunes délinquants constituées sous le régime de la *Loi des jeunes délinquants, 1929*, S.C. 1929, ch. 46. On peut évidemment considérer que la *Loi des jeunes délinquants* et les cours créées en vertu de celle-ci sont les ancêtres de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et des tribunaux pour adolescents. Le juge en chef Duff estimait que ces cours pouvaient à bon droit exercer la compétence qui leur était conférée, à la p. 422:

Now, the Juvenile Court is recognized and, to my mind, properly beyond all doubt recognized as a properly constituted court for the purpose of dealing with offences under the Dominion *Juvenile Delinquents' Act*, 1929 (19-20 Geo. V, ch. 46) and the amendments of 1935 and 1936 (25-26 Geo. V, ch. 41, and 1 Edw. VIII, ch. 40).

Jurisdiction under the old law of the Province of Canada in respect of offences by juvenile delinquents was exercisable by two justices of the peace, by a recorder, or by a stipendiary magistrate. A Juvenile Court constituted for exercising this jurisdiction in respect of juvenile offenders is plainly to my mind a court not within s. 96 and it does not become so by virtue of the fact that the officers presiding over it are invested with further jurisdiction of the same character as is validly given to magistrates and justices of the peace.

The scheme created under the *Juvenile Delinquents Act* is undoubtedly similar enough to that created under the *Young Offenders Act* to strongly support the position that the constitutional validity of a separate inferior court system to deal with young offenders has already been decided by this Court in *Reference re Adoption Act*. However, given that the jurisprudence of this Court with respect to s. 96 has provided some refinements to the test applicable to decide the constitutional validity of the power of inferior courts, I think it appropriate to expand on the reasons given by Duff C.J. in *Reference re Adoption Act*. Furthermore, it appears that the jurisdiction of the Juvenile Courts was not in issue in that case. Therefore, I think it necessary to review the issue of the constitutionality of the *Young Offenders Act* in light of the test developed by this Court in recent years.

The *Young Offenders Act* was enacted pursuant to Parliament's competence over criminal law and procedure (s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*: see *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702, which supports the constitutional validity of the *Juvenile Delinquents Act* under that head of power). It was enacted in response to the criticisms which had been made of the *Juvenile Delinquents Act* over the years. The nexus between the

[TRADUCTION] Or, il est reconnu, et selon moi, à juste titre, que le tribunal de la jeunesse est un tribunal régulièrement constitué pour connaître des infractions visées par la *Loi des jeunes délinquants* fédérale, 1929 (19-20 Geo. V, ch. 46) et par les modifications de 1935 et 1936 (25-26 Geo. V, ch. 41, et 1 Edw. VIII, ch. 40).

Suivant l'ancienne loi de la province du Canada, la compétence en matière d'infractions commises par des jeunes délinquants pouvait être exercée par deux juges de paix, un «recorder» ou un magistrat stipendiaire. Il est évident, à mon avis, qu'un tribunal de la jeunesse constitué pour exercer cette compétence à l'égard des jeunes contrevenants ne relève pas de l'art. 96 et cela ne change pas du fait que les fonctionnaires qui le président sont investis d'une compétence supplémentaire de même nature que celle validement conférée aux magistrats et aux juges de paix.

La ressemblance entre le régime législatif créé par la *Loi des jeunes délinquants* et celui existant en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est sans aucun doute suffisante pour permettre d'affirmer que notre Cour a déjà déterminé dans l'arrêt *Reference re Adoption Act* la constitutionnalité d'un système distinct de tribunaux inférieurs s'occupant des jeunes contrevenants. Toutefois, notre Cour ayant apporté quelques précisions, dans ses arrêts concernant l'art. 96, sur le critère applicable pour déterminer la constitutionnalité du pouvoir des tribunaux inférieurs, je pense qu'il convient de développer les motifs fournis par le juge en chef Duff dans l'arrêt *Reference re Adoption Act*. De plus, il semble que la compétence des cours pour jeunes délinquants n'était pas en litige dans cette affaire. Par conséquent, j'estime qu'il est nécessaire d'examiner la question de la constitutionnalité de la *Loi sur les jeunes contrevenants* en tenant compte du critère dégagé par notre Cour pendant les dernières années.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* a été adoptée conformément à la compétence du Parlement sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle (par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*: voir l'arrêt *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702, qui confirme la constitutionnalité de la *Loi des jeunes délinquants* dans ce domaine de compétence). Son adoption résulte des critiques formulées au fil des ans contre la *Loi des jeunes délin-*



*Young Offenders Act* and the criminal law is even clearer as the *Young Offenders Act* puts more emphasis than the *Juvenile Delinquents Act* did on the responsibility towards society that young persons should bear for their acts.

Parliament's power over criminal law and procedure enables it not only to create the substantive law relating to crimes but also to grant jurisdiction over the offences it creates to specific courts. With regard to the institutional aspect of the administration of the *Young Offenders Act*, the power lies with the provincial legislatures under s. 92(14) to constitute, maintain and organize the courts required for the application of the Act. In short, Parliament can attribute criminal jurisdiction to courts constituted by the provinces. This Court in *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] S.C.R. 600 (per Taschereau J., as he then was) held, at p. 602:

It is also well established that, although a court may be provincially organized and maintained, its jurisdiction and the procedure to be followed for the application of laws enacted by the Parliament of Canada, in relation to matters confided to that Parliament, are within its exclusive jurisdiction.

Fauteux J., as he then was, in *Ministre du Revenu National v. Lafleur*, [1964] S.C.R. 412, made a similar pronouncement, at p. 418:

[TRANSLATION] The constitution, maintenance and organization of provincial courts of criminal jurisdiction are within the exclusive jurisdiction of the Legislature (s. 92(14)), but only Parliament may grant these provincial courts a criminal jurisdiction.

The only problematic aspect of the *Young Offenders Act* is whether, given the scope of the jurisdiction it grants Youth Courts, s. 96 of the *Constitution Act, 1867* requires that those courts be superior courts, that is, courts presided over by judges appointed by the Governor General.

*quants*. Le lien entre le droit criminel et la *Loi sur les jeunes contrevenants* est encore plus clair, car cette dernière loi fait davantage ressortir que la *Loi des jeunes délinquants* la responsabilité que les adolescents devraient assumer pour leurs actes à l'égard de la société.

La compétence du Parlement sur le droit criminel ainsi que sur la procédure en matière criminelle lui permet non seulement d'établir les règles de droit positif applicables aux actes criminels, mais également de conférer à des tribunaux particuliers la compétence sur les infractions qu'il crée. Pour ce qui est de l'aspect institutionnel de l'administration de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ce sont les assemblées législatives qui sont habilitées par le par. 92(14) à créer, maintenir et organiser les tribunaux de justice nécessaires pour l'application de la Loi. En bref, le Parlement peut attribuer une compétence en matière criminelle aux tribunaux établis par les provinces. Dans l'arrêt *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] R.C.S. 600 (le juge Taschereau, alors juge puîné), notre Cour a statué à la p. 602:

[TRADUCTION] Il est également reconnu que, même si un tribunal est maintenu et organisé par une province, sa compétence ainsi que la procédure qu'il doit suivre pour l'application des lois adoptées par le Parlement du Canada relativement aux matières qui lui sont attribuées, relèvent de sa compétence exclusive.

Dans l'arrêt *Ministre du Revenu National v. Lafleur*, [1964] R.C.S. 412, le juge Fauteux, alors juge puîné, a fait une déclaration similaire à la p. 418:

La constitution, le maintien et l'organisation des cours provinciales de juridiction criminelle sont de la compétence exclusive de la Législature (art. 92 para. 14), mais seul le Parlement peut attribuer à ces cours provinciales une juridiction criminelle.

Le seul problème posé par la *Loi sur les jeunes contrevenants* consiste à déterminer si, étant donné l'étendue de la compétence qu'elle confère aux tribunaux pour adolescents, l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige que ces tribunaux soient des cours supérieures, c'est-à-dire des cours présidées par des juges nommés par le gouverneur général.

*Applicability of s. 96 to the Jurisdiction of the Youth Courts*

A. Introduction

Section 96 of the *Constitution Act, 1867* is regarded as a means of protecting the “core” jurisdiction of the superior courts so as to provide for some uniformity throughout the country in the judicial system. The case law has developed principles to ensure that s. 96 would not be rendered meaningless through the use of the provincial competence to constitute, maintain and organize provincial courts staffed with provincially appointed judges having the same jurisdiction and powers as superior courts. (See to this effect, *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, and *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, *supra*, which have already reviewed in depth the case law relating to this issue.)

In *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704, this Court also made it clear that s. 96 can operate to limit not only the competence of the Legislatures but also that of Parliament. The constitutional deal embodied in s. 96 binds Parliament as much as it binds the provincial legislatures. In other words, if the jurisdiction conferred on Youth Courts by Parliament is within the core of jurisdiction of superior courts, Parliament cannot confer such jurisdiction on courts presided over by judges not appointed in accordance with s. 96.

The test for determining if a power can be constitutionally given to an inferior court or an administrative tribunal was set out in *Re Residential Tenancies*, *supra*, by Dickson J., as he then was, at pp. 734-36:

The jurisprudence since *John East [Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.]*, [1949] A.C. 134 leads one to conclude that the test must now be formulated in three steps. The first involves consideration, in the light of the historical conditions existing in 1867, of the particular power or juris-

*L'applicabilité de l'art. 96 à la compétence des tribunaux pour adolescents*

A. Introduction

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est considéré comme un moyen de protéger la compétence fondamentale des cours supérieures afin d'assurer une certaine uniformité du système judiciaire dans tout le pays. La jurisprudence a dégagé des principes permettant d'empêcher que l'art. 96 ne perde tout son sens par suite de l'exercice par les provinces de leur compétence pour créer, maintenir et organiser des cours provinciales présidées par des juges nommés par les provinces qui auraient les mêmes compétences et pouvoirs que les cours supérieures. (Voir à cet effet le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, et l'arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, précité, dans lesquels la jurisprudence sur cette question a été examinée en détail.)

Dans l'arrêt *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, notre Cour a également précisé que l'art. 96 peut s'appliquer non seulement pour limiter la compétence des assemblées législatives mais également celle du Parlement. L'entente constitutionnelle exprimée à l'art. 96 lie le Parlement tout autant que les assemblées législatives provinciales. En d'autres termes, si la compétence conférée aux tribunaux pour adolescents par le Parlement constitue un élément fondamental de la compétence des cours supérieures, le Parlement ne peut attribuer une telle compétence à des tribunaux présidés par des juges qui ne sont pas nommés conformément à l'art. 96.

Le critère permettant de déterminer si, suivant la Constitution, un pouvoir peut être attribué à un tribunal inférieur ou à un tribunal administratif a été dégagé par le juge Dickson, alors juge puîné, dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, précité, aux pp. 734 à 736:

Depuis l'arrêt *John East [Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.]*, [1949] A.C. 134 nous amène à conclure que le critère doit maintenant être formulé en trois étapes. La première porte sur l'examen dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir

diction conferred upon the tribunal. The question here is whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation. . . .

If the historical inquiry leads to the conclusion that the power or jurisdiction is not broadly conformable to jurisdiction formerly exercised by s. 96 courts, that is the end of the matter. . . . If, however, the historical evidence indicates that the impugned power is identical or analogous to a power exercised by s. 96 courts at Confederation, then one must proceed to the second step of the inquiry.

Step two involves consideration of the function within its institutional setting to determine whether the function itself is different when viewed in that setting. In particular, can the function still be considered to be a 'judicial' function? In addressing the issue, it is important to keep in mind the further statement by Rand J. in *Dupont v. Inglis* that ". . . it is the subject-matter rather than the apparatus of adjudication that is determinative". Thus the question of whether any particular function is 'judicial' is not to be determined simply on the basis of procedural trappings. The primary issue is the nature of the question which the tribunal is called upon to decide. Where the tribunal is faced with a private dispute between parties, and is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality, then, normally, it is acting in a 'judicial capacity'. . . .

. . . if the power or jurisdiction is exercised in a judicial manner, then it becomes necessary to proceed to the third and final step in the analysis and review the tribunal's function as a whole in order to appraise the impugned function in its entire institutional context. . . . The scheme is only invalid when the adjudicative function is a sole or central function of the tribunal so that the tribunal can be said to be operating 'like a s. 96 court'.

In order to proceed to step one of this test, the power or jurisdiction in issue must first be properly characterized.

## B. Characterization

*Sobeys* underlined the great importance of the preliminary question of characterization. As Wilson J., writing for the majority, said at p. 253:

particuliers attribués au tribunal. Il s'agit ici de savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération. . . .

Si la recherche historique mène à la conclusion que le pouvoir ou la compétence ne correspondent pas à la compétence qu'exerçaient auparavant les cours visées à l'art. 96, la question s'en trouve réglée. [. . .] Si, cependant, l'histoire indique que le pouvoir attaqué est identique ou analogue à un pouvoir que les cours visées à l'art. 96 exerçaient au moment de la Confédération, il faut alors passer à la deuxième étape de l'enquête.

La deuxième étape porte sur l'examen de la fonction dans son cadre institutionnel pour établir si la fonction elle-même est différente lorsqu'elle est envisagée dans ce cadre. En particulier, la fonction peut-elle encore être considérée comme une fonction «judiciaire»? Face à cette question il importe de se rappeler une autre déclaration du juge Rand dans l'arrêt *Dupont c. Inglis* portant que [TRADUCTION] «. . . ce qui est déterminant c'est l'objet de la décision plutôt que le mode d'adjudication». Ainsi, on ne peut répondre à la question de savoir si une fonction donnée est «judiciaire» en se fondant uniquement sur les façades de la procédure. Il faut d'abord établir la nature de la question que le tribunal doit trancher. Lorsque le tribunal fait face à un litige privé entre des parties et qu'il est appelé à décider en appliquant un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité, il agit alors normalement en qualité d'«organisme judiciaire». . . .

. . . si le pouvoir ou la compétence s'exercent d'une manière judiciaire, il devient alors nécessaire de passer à la troisième et dernière étape de l'analyse et d'examiner la fonction globale du tribunal afin d'évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée. [. . .] La loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger et qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne «comme une cour visée à l'art. 96».

Avant de passer à la première étape ou au premier volet de ce critère, il faut tout d'abord qualifier le pouvoir ou la compétence en cause.

## B. Qualification

Dans l'arrêt *Sobeys*, la Cour a souligné la grande importance de la question préliminaire de la qualification. S'exprimant pour la majorité, le juge Wilson a dit à la p. 253:

In general, those challenging legislation will probably favour the narrower view as more likely to bring success through the historical test. Those supporting the legislation will no doubt advocate a more expansive view on the assumption that the broader the characterization the more likely it will be that at least some aspects of the jurisdiction will have been within the purview of inferior courts at Confederation.

For example, if the power under scrutiny is defined as the power to adjudicate over murder, it would be more likely that the conclusion be that only superior courts were competent than if the power is defined in terms of power to adjudicate over criminal offences, those including the less serious offences as well as the most serious ones. It was then stated in *Sobeys* that the characterization of the issue must be sufficiently narrow to avoid large accretions of jurisdiction by inferior courts at the expense of superior courts, but not so narrow as to freeze the jurisdiction of inferior courts at what it was in 1867. This Court also stated that the focus of the characterization exercise should be on the type of dispute and not on the particular remedy sought.

In the present case, the appellant characterizes the power in issue as the jurisdiction over the types of offences that were within the exclusive jurisdiction of superior courts at Confederation. He even proposes that the inquiry be limited to the jurisdiction to adjudicate over the offences contemplated by s. 469 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and, in particular, to murder. The historical inquiry would therefore be limited to the question of whether superior courts had exclusive jurisdiction over these offences at the time of Confederation.

On the other hand, the respondent, the Attorney General of Prince Edward Island, characterizes the issue as being the jurisdiction over juveniles. The other Attorneys General have proposed various formulations of the way in which the power in issue should be characterized but which are all related. The Attorney General for Ontario submits that the jurisdiction in issue should be defined as the jurisdiction to deal with the diminished responsibility attached to young persons who have committed criminal acts, including murder. The Attorney General of Nova

En général, ceux qui contestent une loi favoriseront probablement la conception la plus étroite, plus susceptible de leur donner gain de cause par le biais du critère historique. Les défenseurs de la loi favoriseront sans aucun doute une vue plus globale, présumant que plus la qualification est large, plus il est probable qu'au moins certains aspects de la compétence puissent être retrouvés parmi les attributions des tribunaux inférieurs à l'époque de la Confédération.

Par exemple, si le pouvoir examiné est défini comme celui de juger les meurtres, la conclusion sera plus probablement que seules les cours supérieures ont compétence que si on définit ce pouvoir comme la compétence sur des infractions criminelles, celles-ci comprenant à la fois les infractions les moins graves et les plus graves. Notre Cour a ensuite indiqué dans l'arrêt *Sobeys* que la qualification de la question en litige doit être suffisamment étroite pour éviter d'importantes augmentations de la compétence des tribunaux inférieurs au détriment des cours supérieures, mais non étroite au point de figer la compétence des tribunaux inférieurs à ce qu'elle était en 1867. Notre Cour a également déclaré que, pour trancher la question de la qualification, l'analyse devait être axée sur le type de litige et non sur la réparation demandée.

En l'espèce, l'appellant qualifie le pouvoir en cause de compétence sur les catégories d'infractions qui relevaient de la compétence exclusive des cours supérieures au moment de la Confédération. Il propose même de restreindre l'analyse à la compétence pour juger les infractions prévues à l'art. 469 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et, en particulier, le meurtre. L'analyse historique se limiterait donc à déterminer si les cours supérieures avaient compétence exclusive sur ces infractions à l'époque de la Confédération.

Par contre, l'intimé, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, soutient que la question en litige est la compétence à l'égard des adolescents. Les autres procureurs généraux ont proposé diverses formules, toutes liées les unes aux autres, pour qualifier le pouvoir en cause. Le procureur général de l'Ontario soutient qu'il s'agit en l'espèce de la compétence pour se prononcer sur la responsabilité moindre imposée aux adolescents qui ont commis des actes criminels, y compris un meurtre. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse laisse entendre qu'il s'agit

Scotia suggests “crimes by juveniles”, this characterization acknowledging the less severe punishment imposed on young persons who breach the law. The Attorney General of Canada adopts a slightly wider characterization by suggesting that the jurisdiction in issue is “jurisdiction in respect to offences by juveniles”, that including breaches of federal statutes other than the *Criminal Code*.

The appellant’s position falls afoul of the principles set out by Wilson J. speaking for the majority in *Sobeys*, because it limits the inquiry to the offences that were within the exclusive jurisdiction of superior courts at Confederation. Characterizing the jurisdiction as jurisdiction over the offences which were within the exclusive jurisdiction of superior courts calls for a foregone conclusion at least with respect to the result of the historical inquiry. Furthermore, such a characterization should be discarded because it ignores the *raison d’être* of the *Young Offenders Act*. The Act is not meant to be a replica of the *Criminal Code*. It sets up a complete and comprehensive scheme specially designed for an age group and it is in my view important that this be recognized when characterizing the issue here.

While in *Sobeys* it is granted that this Court said that we should not focus on remedies, this must be read in context, that is, in civil proceedings. This statement cannot be imported into the sphere of the criminal law because of the nature of the inquiry involved in a criminal trial. A criminal trial is mainly an inquiry as to whether a subject’s liberty and security of the person can be restricted by society as a result of conduct that is criminal. The traditional right and remedy distinction that is occasionally made in other fields of law, when characterizing for constitutional purposes, as was made in *Sobeys*, is inapplicable or, at the least, inappropriate in criminal law. Criminal law is primarily stigmatization of offenders and restriction of their liberty. In fact, in criminal law, the determination and the imposition of the sentence are essentially more important than the nature of the conduct leading to it. That is why, as a

plutôt des [TRADUCTION] «crimes commis par des adolescents», cette qualification reconnaissant que les châtiments infligés aux adolescents qui violent la loi sont moins sévères. Le procureur général du Canada adopte pour sa part une qualification un peu plus large en laissant entendre qu’il s’agit de [TRADUCTION] «la compétence à l’égard d’infractions commises par des adolescents», celles-ci comprenant également les violations de lois fédérales autres que le *Code criminel*.

La position de l’appelant va à l’encontre des principes énoncés par le juge Wilson qui a exprimé l’opinion de la majorité dans l’arrêt *Sobeys*, parce qu’elle restreint l’analyse aux infractions qui relevaient de la compétence exclusive des cours supérieures au moment de la Confédération. Qualifier le pouvoir en cause de compétence sur les infractions qui relevaient de la compétence exclusive des cours supérieures aboutit à une conclusion prévisible en ce qui concerne du moins le résultat de l’analyse historique. De plus, il faudrait écarter une telle qualification car elle ne tient pas compte de la raison d’être de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Cette loi n’est pas conçue comme une reproduction du *Code criminel*. Elle établit un régime législatif global et complet spécialement conçu pour un groupe d’âge et, à mon avis, il est important de reconnaître ce fait pour définir la question en litige en l’espèce.

Même s’il est admis que notre Cour a dit dans l’arrêt *Sobeys* que nous ne devrions pas centrer l’analyse sur les redressements, il faut placer cette affirmation dans son contexte, c’est-à-dire dans le cadre des actions civiles. Cette affirmation ne s’applique pas au domaine du droit criminel en raison de la nature de l’enquête que nécessite un procès criminel. Le procès criminel consiste principalement à déterminer si la société peut restreindre la liberté et la sécurité d’une personne par suite d’un comportement criminel. La distinction traditionnelle entre les droits et les réparations, qui est faite parfois dans d’autres domaines du droit lorsqu’on effectue une qualification à des fins constitutionnelles comme ce fut le cas dans l’arrêt *Sobeys*, est inapplicable ou, du moins, inopportune en droit criminel. En effet, le droit criminel est principalement la stigmatisation de contrevenants et la restriction de leur liberté. En droit criminel, la détermina-

matter of policy, even sometimes one of constitutionality, the sentence available or to be imposed is indicative of the *mens rea* required for a conviction. (See to that effect, among other things, Wilson J. in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, at p. 1402.)

I am of the view that the jurisdiction in issue here should be characterized as jurisdiction over young persons charged with a criminal offence. I do not mean to say that Youth Courts' jurisdiction is limited to criminal offences but I think it appropriate to limit the inquiry of this Court to the facts of this case. The Court has not had the benefit of hearing arguments on the jurisdiction of the superior and inferior courts on matters other than criminal offences, nor has the issue been examined in the factums.

Characterizing the jurisdiction as jurisdiction over young persons charged with a criminal offence acknowledges that what distinguishes this legislation from the *Criminal Code* is the fact that it creates a special regime for young persons. The essence of the young offenders legislation is a distinction based on age and on the diminished responsibility associated with this distinction. Having characterized the jurisdiction in issue, we now proceed to the first step of the test set out in *Re Residential Tenancies*, that is, the historical inquiry.

### C. The Historical Inquiry

The historical inquiry aims at determining whether the jurisdiction or power in issue was exercised exclusively by the superior courts at the time of Confederation. In *Sobeys*, this Court held that, in answering this question, the courts must consider the jurisdiction exercised by the superior courts in the four confederating provinces in 1867. Should there happen to be a tie, that is, should the jurisdiction have been exclusively reserved to superior courts in two confederating provinces whereas it was not in the

tion de la peine et le prononcé de la sentence sont en réalité plus importants que la nature du comportement y donnant lieu. C'est pourquoi, en principe, et parfois même pour des motifs d'ordre constitutionnel, la peine qui peut ou doit être imposée dénote la *mens rea* requise pour obtenir une condamnation. (Voir à cet effet, notamment, le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, à la p. 1402.)

Je suis d'avis que la compétence en cause devrait être définie comme la compétence à l'égard d'adolescents inculpés d'une infraction criminelle. Je ne veux pas dire que la compétence des tribunaux pour adolescents se limite aux infractions criminelles, mais j'estime qu'il convient de restreindre l'analyse de notre Cour aux faits de l'espèce. La Cour n'a pas eu l'occasion d'entendre des arguments au sujet de la compétence des tribunaux inférieurs et des cours supérieures sur d'autres questions que les infractions criminelles, pas plus d'ailleurs que ce point n'a été examiné dans les mémoires.

En qualifiant la compétence en cause de compétence à l'égard d'adolescents inculpés d'une infraction criminelle, on reconnaît que cette législation se distingue du *Code criminel* en ce qu'elle crée un régime législatif particulier pour les adolescents. L'essence même de la législation sur les jeunes contrevenants repose sur une différence fondée sur l'âge et sur la responsabilité moindre attachée à cette distinction. Ayant qualifié la compétence en cause, nous passons maintenant au premier volet du critère formulé dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, c'est-à-dire l'analyse historique.

### C. Analyse historique

L'analyse historique vise à déterminer si la compétence ou le pouvoir en cause était exercé exclusivement par les cours supérieures au moment de la Confédération. Dans l'arrêt *Sobeys*, notre Cour a jugé, en réponse à cette question, que les tribunaux doivent tenir compte de la compétence exercée par les cours supérieures dans les quatre provinces qui ont formé la Confédération en 1867. Dans le cas où il est impossible de départager les provinces, c'est-à-dire lorsque la compétence a été réservée exclusivement aux cours supérieures dans deux provinces de la Confédération mais non dans les deux autres, il faut alors

two others, the situation in England would then have to be considered.

Jurisdiction over young persons charged with a criminal offence was not significantly exercised by any judicial body at Confederation. Legislation concerning juvenile delinquents was the consequence of a concern that appeared in the legal world after 1867 and involved the creation of a new scheme including new powers. Because these adjudicative powers were created after Confederation, they could constitutionally be entrusted to inferior courts. This, in my view, is dispositive of this appeal. As a further ground to confirm the constitutional validity of the jurisdiction confided to the Youth Courts, I am of the opinion that, had this jurisdiction existed before Confederation, it would have been entrusted to inferior courts.

(i) *The novelty of the jurisdiction in issue*

The respondents and the interveners propose that the law in 1867 did not in any significant way recognize a distinction between adults and young persons with regard to criminal offences. Although in a limited number of circumstances prior to 1867 some distinction was made between young persons and adults as regards offences, in no way can these isolated examples be compared with the comprehensive scheme set up by the *Juvenile Delinquents Act* or the *Young Offenders Act* to deal with young persons involved with the criminal justice system.

Legislation in relation to young offenders was the result of a new interest and approach of society to the criminality and illegal conduct of its younger members. Parliament responded to a reform movement that grew at the end of the nineteenth century which regarded young offenders as persons in need of help and guidance who could be rescued from following the path of criminality. In the case of young offenders, punishment was seen as an element of secondary importance. L'Heureux-Dubé J., in *R. v. M.(S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, reviewed the history of the *Young Offenders Act* in her dissenting opinion (her

examiner la situation existant en Angleterre à cette époque.

Au moment de la Confédération, aucun organisme judiciaire n'exerçait une compétence particulière à l'égard des adolescents inculpés d'une infraction criminelle. La législation sur les jeunes délinquants a été la conséquence d'une préoccupation qui est apparue dans le monde juridique après 1867 et qui a nécessité la création d'un nouveau régime législatif ainsi que de nouveaux pouvoirs. Leur création étant postérieure à la Confédération, cette juridiction pouvait, suivant la Constitution, être confiée à des tribunaux inférieurs. À mon avis, cela règle le présent pourvoi. Toutefois, une raison supplémentaire de confirmer la constitutionnalité de la compétence attribuée aux tribunaux pour adolescents, tient à mon avis à ce que, si cette compétence avait existé avant la Confédération, elle aurait été confiée aux tribunaux inférieurs.

(i) *La nouveauté de la compétence en cause*

Les intimés et les intervenants indiquent qu'en 1867, la loi ne faisait pas de distinction nette entre les adultes et les adolescents en matière d'infractions criminelles. Toutefois, une telle distinction a été faite dans un nombre limité de cas antérieurs à 1867, mais on ne peut nullement comparer ces exemples isolés au régime législatif complet mis en place par la *Loi des jeunes délinquants* ou par la *Loi sur les jeunes contrevenants* pour traiter des cas d'adolescents visés par le système de justice criminelle.

La législation relative aux jeunes contrevenants a été le résultat de l'intérêt porté par la société à la criminalité et aux comportements illicites de ses jeunes citoyens, et d'une nouvelle conception de ce problème. Le Parlement a donné suite à un mouvement de réforme qui s'est développé à la fin du dix-neuvième siècle et qui estimait que les jeunes contrevenants avaient besoin d'aide et de conseils, et pouvaient être ramenés dans le droit chemin. Le châtiment était considéré comme un élément secondaire dans le cas des jeunes contrevenants. Dans l'arrêt *R. c. M.(S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, le juge L'Heureux-Dubé a fait l'historique de la *Loi sur les jeunes contrevenants* dans son opinion dissidente (sa dissidence

dissent not being on this point), and concluded, at pp. 474-75:

This brief legislative history of the provisions of the *Young Offenders Act* amply demonstrates that for nearly one hundred years Parliament has committed itself to the separate treatment and rehabilitation of young persons involved in the criminal process. The underlying philosophy has been from the beginning that it is in society's interest to assist young offenders "to strengthen their better instincts". An attempt is made through the legislation to "prevent these juveniles to become prospective criminals and to assist them to be law-abiding citizens" (*Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702, at p. 710). For the effective pursuit of this general objective, Parliament and the legislatures have joined in an effort to establish specialized tribunals and provide funding for facilities such as detention centers and rehabilitation programs. While in 1982 the legislation was revised, the fundamental values remained and permeate the provisions of the Act.

I agree. The first comprehensive legislative scheme in common law jurisdictions which embodied this new approach and made a distinction as regards society's response to adult and juvenile criminality was enacted in South Australia in 1895 (*State Children Act, 1895*, No. 641). The *Juvenile Delinquents Act* was enacted in Canada in 1908. It created a new offence of "juvenile delinquency" that was a substitute, among other things, for the particular criminal offences found in the *Criminal Code*. Although the new scheme under the *Young Offenders Act* emphasizes more the accountability of young offenders for their criminal acts and although it has done away with the single offence of "juvenile delinquency", the same philosophy animates this statute. Section 20 of the *Young Offenders Act* provides for a series of possible dispositions in the case where a young offender is found guilty of an offence. All the measures therein enumerated, ranging from absolute discharge to custody, are generally available at the sentencing stage irrespective of the actual gravity of the act for which the young offender was convicted. The only distinction made as regards the rules that should guide sentencing concerns the maximum period of custody. It is two years, except for offences that are punishable by life imprisonment under the *Criminal*

ne portant pas sur ce point), et elle a conclu, aux pp. 474 et 475:

Ce bref rappel historique des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* démontre amplement que, depuis près de cent ans, l'objectif du Parlement a été d'accorder aux jeunes contrevenants impliqués dans une instance criminelle un traitement et des moyens de réadaptation distincts. Depuis les tout débuts, la philosophie sous-jacente est qu'il est dans l'intérêt de la société d'aider les jeunes contrevenants à «affermir leurs meilleurs instincts». On tente donc par l'intermédiaire de la loi [TRADUCTION] «d'empêcher ces jeunes contrevenants de devenir de futurs criminels et de les aider à devenir des citoyens respectueux de la loi» (*Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702, à la p. 710). Afin de réaliser pleinement cet objectif général, le Parlement et les assemblées législatives ont conjugué leurs efforts pour établir des tribunaux spécialisés et financer certains services, comme les centres de détention et les programmes de réadaptation. Bien que la Loi ait été révisée en 1982, les valeurs fondamentales demeurent et imprègnent toutes ses dispositions.

Je suis d'accord. Le premier régime législatif complet qui, dans les ressorts de common law, a mis en application cette nouvelle conception et a fait une distinction en ce qui concerne l'attitude de la société à l'égard de la criminalité des adultes et à l'égard de celle des adolescents, a été adopté en Australie-Méridionale en 1895 (*State Children Act, 1895*, n° 641). La *Loi des jeunes délinquants* a été adoptée au Canada en 1908. Elle faisait de la «délinquance juvénile» une nouvelle infraction qui remplaçait, notamment, les infractions criminelles particulières prévues dans le *Code criminel*. Bien que le nouveau régime législatif créé par la *Loi sur les jeunes contrevenants* insiste davantage sur la responsabilité des jeunes contrevenants pour leurs actes criminels et qu'elle ait fait disparaître la simple infraction de «délinquance juvénile», on retrouve la même philosophie dans cette loi. L'article 20 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* prévoit une série de décisions possibles dans le cas où un jeune contrevenant est jugé coupable d'une infraction. Toutes les mesures qui y sont énumérées, de la libération inconditionnelle à l'envoi sous garde, peuvent généralement être prises à l'étape de la détermination de la peine, indépendamment de la gravité réelle de l'acte dont le jeune contrevenant a été reconnu coupable. La seule distinction faite en ce qui



*Code*, for which the maximum period of custody is raised to three years. It is clear therefore that the *Young Offenders Act* does not generally recognize any proportionality between the gravity of the offence and the range of sanctions. It rather recognizes the special situation and the special needs of young offenders and gives to the judges different sentencing options that are not available for adults. It is still primarily oriented towards rehabilitation rather than punishment or neutralization.

This new social philosophy as regards young offenders found its way into the statute books after Confederation and, as Lord Simonds stated in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, at pp. 145-46:

Herein its purpose [i.e. the purpose of the *Trade Union Act, 1944* of Saskatchewan] is apparent, a purpose, it may be observed, that would have sounded strange to the ears of the legislature of 1867.

Therefore, I conclude that the jurisdiction over young persons offending the criminal law is jurisdiction that did not exist at Confederation but was part and parcel of a scheme designed to respond to what was a novel concern of society. As new powers or jurisdiction are not part of the core of jurisdiction protected via s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, this finding is dispositive of the matter. I should however add the following.

(ii) *Competence of inferior courts over offences of that nature in 1867*

Apart from the fact that the jurisdiction in issue is jurisdiction that did not exist in 1867, I am of the view that the nature of the offences for which young offenders are made responsible under the *Young Offenders Act* is such that, had such a scheme been in

concerne les règles qui devraient guider la détermination de la peine concerne la période maximale de l'envoi sous garde. Celle-ci est de deux ans, sauf pour les infractions passibles de l'emprisonnement à vie prévues par le *Code criminel*, auquel cas la période maximale est de trois ans. Il est donc évident que la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne reconnaît pas en général une proportionnalité entre la gravité de l'infraction et la sévérité des peines. Elle reconnaît plutôt la situation particulière ainsi que les besoins spéciaux des jeunes contrevenants, et elle offre aux juges un choix entre diverses peines qui n'existe pas dans le cas d'adultes. Elle vise encore principalement la réadaptation plutôt que le châtiement ou la neutralisation.

Cette nouvelle philosophie sociale à l'égard des jeunes contrevenants a trouvé sa place dans les recueils de lois après la Confédération et, comme l'a dit lord Simonds dans l'arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, aux pp. 145 et 146:

[TRADUCTION] Son objet [c.-à-d. l'objet de la *Trade Union Act, 1944* de la Saskatchewan] est évident, un objet, pourrait-on dire, qui aurait semblé étrange aux yeux de l'assemblée législative en 1867.

Par conséquent, je conclus que la compétence à l'égard des adolescents violant le droit criminel n'existait pas à l'époque de la Confédération, mais qu'elle faisait partie d'un régime destiné à répondre à une nouvelle préoccupation de la société. Comme les nouveaux pouvoirs ou les nouvelles compétences ne constituent pas un élément fondamental de la compétence protégée par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, cette conclusion règle l'affaire. Je dois néanmoins ajouter ce qui suit.

(ii) *La compétence des tribunaux inférieurs à l'égard des infractions de cette nature en 1867*

Abstraction faite de ce qu'il s'agit en l'espèce d'une compétence qui n'existait pas en 1867, je suis d'avis que, s'il avait existé un tel régime législatif avant la Confédération, les tribunaux inférieurs auraient été chargés de son application en raison de la

existence prior to Confederation, inferior courts would have been responsible for its application.

What distinguishes a criminal offence from any other type of negative response of society towards an individual's behaviour is the stigma attached to a criminal conviction. Usually, the more asocial or offensive society perceives a behaviour to be, the greater the stigma attached to it. In turn, this stigma is reflected in the sentence or range of sentences that will be available as a punishment.

Under the *Young Offenders Act*, the stigma attached to the commission of an offence is reduced to a minimum since only a limited number of persons will normally ever become aware that a young person has committed a criminal act. A whole series of measures are designed to restrict as much as possible the public knowledge of the commission of the offence. As a general rule under s. 38 of the Act, no person shall publish by any means any report of an offence committed by a young person, of a hearing, adjudication, disposition or appeal concerning a young person who committed or is alleged to have committed an offence in which the name of the young person is disclosed. Section 40 carefully sets out the persons who can have access to records of cases arising under the Act and under what conditions. Police records and government records can similarly be disclosed only to a limited category of persons. Section 45(2) provides for the automatic destruction of all records two years after completion of the dispositions relating to a young person found guilty of an offence punishable on summary conviction if he or she was never found guilty of an indictable offence as long as within that period the young person was not charged or found guilty of an offence under the *Young Offenders Act* or any other Act of Parliament. The records of a young person convicted of one or more indictable offences will be destroyed five years after completion of the dispositions relating to him or her, as long as he or she has not been charged or convicted of an offence under the *Young Offenders Act* or any other Act of Parliament within these five years. This demonstrates that the Act aims at circumscribing public knowledge to a very substantial extent. Apart from that, it is

nature des infractions dont les jeunes contrevenants sont tenus responsables en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

Ce qui distingue une infraction criminelle de tout autre genre de réaction négative de la société à l'égard du comportement d'un individu est la stigmatisation qui résulte d'une condamnation criminelle. Habituellement, plus la société considère qu'un comportement est asocial ou offensant, plus grande est la stigmatisation dont celui-ci fait l'objet. Cette stigmatisation est exprimée dans la peine ou l'éventail des peines imposables.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* permet de réduire au minimum la stigmatisation découlant de la perpétration d'une infraction étant donné que normalement seul un nombre limité de personnes sauront qu'un adolescent a commis un acte criminel. Tout un ensemble de mesures vise à restreindre le plus possible la divulgation de l'infraction. L'article 38 de la Loi pose comme règle générale qu'il est interdit de diffuser le compte rendu d'une infraction commise par un adolescent, d'une audition, d'un jugement, d'une décision ou d'un appel concernant un adolescent qui a commis une infraction ou à qui elle est imputée, faisant état du nom de l'adolescent. L'article 40 précise soigneusement les personnes qui peuvent consulter les dossiers des affaires découlant de la Loi, et à quelles conditions elles peuvent le faire. De la même manière les dossiers de police ainsi que les dossiers tenus par le gouvernement ne peuvent être divulgués qu'à une catégorie limitée de personnes. Le paragraphe 45(2) prévoit la destruction automatique de tous les dossiers deux ans après la fin des mesures prises en exécution de toute décision concernant un adolescent déclaré coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité sans avoir jamais été condamné pour un acte criminel, pourvu qu'au cours de cette même période, l'adolescent n'ait été ni accusé ni déclaré coupable d'une infraction prévue par la *Loi sur les jeunes contrevenants* ou par toute autre loi du Parlement. Les dossiers d'un adolescent condamné pour un ou plusieurs actes criminels seront détruits cinq ans après l'exécution de toutes les décisions dont il a fait l'objet, à condition qu'il n'ait été ni accusé ni déclaré coupable d'une infraction prévue par la *Loi sur les jeunes contreve-*

interesting to note that a young offender who accepts responsibility for the offence that he is alleged to have committed may not even have to be subject to judicial proceedings. In fact, s. 4 sets out the conditions under which such a young offender can be dealt with by resorting to alternative measures rather than judicial proceedings.

With regard to sentencing, as I have explained earlier, the most severe disposition that a Youth Court can order is three years in custody, and that is only possible with respect to an offence for which the punishment provided by the *Criminal Code* or any other Act of Parliament is imprisonment for life. For all other offences, the maximum period of custody is limited to two years. A young offender can therefore, at worst, only be held in custody for three years.

Offences that were less stigmatized and which carried light sentences were already within the jurisdiction of inferior courts in 1867. Obviously, an offence that would normally carry a maximum sentence of two years imprisonment or, in a limited number of circumstances, three years, is a minor offence, of the kind dealt with at Confederation by inferior courts.

Therefore, applying the historical test, I conclude that:

(1) The jurisdiction over young persons charged with a criminal offence did not exist at Confederation. Step one of the test set out in *Re Residential Tenancies* is satisfied with the consequence that inferior courts are constitutionally competent to exercise this jurisdiction. This suffices to defeat the challenge to the constitutionality of entrusting to an inferior court the jurisdiction provided for in the *Young Offenders Act*.

nants ou par toute autre loi du Parlement au cours de cette période de cinq ans. Cela démontre que la Loi vise à limiter considérablement la divulgation de ces cas. Il est en outre intéressant de signaler qu'il est même possible qu'un jeune contrevenant qui se reconnaît responsable de l'infraction qui lui est imputée ne fasse pas l'objet de procédures judiciaires. En effet, l'art. 4 indique à quelles conditions il est possible de recourir à des mesures de rechange à l'endroit d'un jeune contrevenant plutôt qu'aux procédures judiciaires.

Comme je l'ai expliqué plus haut en ce qui concerne la détermination de la peine, la mesure la plus sévère que le tribunal pour adolescents peut prendre est l'envoi sous garde pendant une période de trois ans et ce, dans le cas seulement d'une infraction passible de l'emprisonnement à vie prévue par le *Code criminel* ou par toute autre loi fédérale. Dans tous les autres cas, la période maximale de l'envoi sous garde n'est que de deux ans. Par conséquent, au pire, un jeune contrevenant ne peut être placé sous garde que pendant une période de trois ans.

Les infractions qui entraînaient une stigmatisation moindre et qui étaient passibles de peines légères relevaient déjà de la compétence des tribunaux inférieurs en 1867. Il est évident qu'une infraction pouvant normalement entraîner un emprisonnement maximal de deux ans ou, dans un nombre limité de cas, de trois ans, est une infraction mineure, du genre de celles dont s'occupaient les tribunaux inférieurs à l'époque de la Confédération.

Par conséquent, après avoir appliqué le critère historique, les conclusions suivantes s'imposent:

(1) La compétence à l'égard d'adolescents inculpés d'une infraction criminelle n'existait pas au moment de la Confédération. Le premier volet du critère formulé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* étant rempli, les tribunaux inférieurs sont habilités par la Constitution à exercer cette compétence. Cela suffit pour faire échouer la contestation de la constitutionnalité de l'attribution à un tribunal inférieur de la compétence prévue par la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

(2) In addition, had such jurisdiction existed at Confederation, it would have been in the nature of powers that were exercised by inferior courts. This finding also puts an end to the matter.

Step one of the test set out in *Re Residential Tenancies* being satisfied, it is unnecessary to proceed to the other steps.

(iii) *The possibility for s. 96 judges to sit on Youth Courts*

The only remaining issue before this Court is whether a Supreme Court judge can be appointed a judge of a Youth Court by the Lieutenant Governor in Council. The majority of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division, ruled that a superior court judge could be appointed a judge of the Youth Court subject to the condition that "doing so would not erode or interfere with his function as a superior court judge" (p. 119). McQuaid J.A. was also of the opinion that a superior court judge could be thus appointed but made that finding subject to "consent". None of these qualifications were expanded upon in their reasons for judgment.

I am of the view that s. 96's role is not to protect in any way a "core" of jurisdiction for inferior courts. Rather, it operates to protect the core jurisdiction of superior courts. Section 96 does not preclude any level of government from giving superior court judges jurisdiction which did not exist in 1867. Superior courts have long been recognized as courts of general competence and it is only if jurisdiction is validly granted to another body that they will be prevented from exercising the power in question. Therefore, I agree with the respondents and the interveners that the superior court judges could validly be appointed Youth Court judges, this answer not being qualified in any way.

(2) En outre, si une telle compétence avait existé à l'époque de la Confédération, elle aurait été assimilable aux pouvoirs qui étaient exercés par les tribunaux inférieurs. Cette conclusion règle également la question.

Le premier volet du critère formulé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* étant rempli, il est inutile d'en examiner les autres volets.

(iii) *La possibilité pour les juges nommés en vertu de l'art. 96 de présider les tribunaux pour adolescents*

La seule autre question dont est saisie notre Cour consiste à déterminer si un juge d'une cour supérieure peut être nommé juge d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a jugé à la majorité qu'un juge d'une cour supérieure pouvait être nommé juge du tribunal pour adolescents à condition toutefois que [TRADUCTION] «cela n'amoindrisse pas son rôle de juge d'une cour supérieure ni n'empiète sur celui-ci» (p. 119). Le juge McQuaid était également d'avis qu'un juge d'une cour supérieure peut faire l'objet d'une telle nomination, mais il a assujéti cette conclusion au «consentement». Aucune de ces réserves n'a été expliquée dans les motifs de jugement.

Je suis d'avis que le rôle de l'art. 96 n'est pas de protéger de quelque manière une compétence fondamentale aux tribunaux inférieurs. Il a plutôt pour effet de protéger l'essentiel de la compétence des cours supérieures. L'article 96 n'empêche aucun des niveaux de gouvernement d'attribuer aux juges des cours supérieures une compétence qui n'existait pas en 1867. Il est depuis longtemps reconnu que les cours supérieures sont des tribunaux de compétence générale, et ce n'est que lorsqu'une compétence a été validement conférée à un autre organisme, qu'elles ne peuvent exercer le pouvoir en cause. Par conséquent, je conviens avec les intimés et les intervenants que les juges des cours supérieures peuvent valablement être nommés juges des tribunaux pour adolescents, cette réponse n'étant assortie d'aucune réserve.

Conclusion

I would accordingly dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, unconstitutional on the basis and to the extent that it does not specifically require that the Youth Court be presided over by a Judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. Is the establishment by a Province of a Youth Court as defined by s. 2 of the *Young Offenders Act* within the legislative competence of the Province pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

3. (a) Is the appointment of a Youth Court Judge an appointment which must be made by the Governor in Council pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No, the appointment need not be made by the Governor General. The Governor in Council is not mentioned in s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, therefore the question of whether the appointment must be made by the Governor in Council does not arise.

(b) If the answer to (a) is no,

- (i) Can a Provincial Court Judge be appointed a Judge of the Youth Court by the Lieutenant Governor in Council?

Answer: Yes.

- (ii) Can a Supreme Court Judge be appointed a Judge of the Youth Court by the Lieutenant Governor in Council?

Answer: Yes.

The reasons of Wilson and McLachlin JJ. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons of the Chief Justice Lamer and agree with his

Conclusion

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, est-elle inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'exige pas expressément que le tribunal pour adolescents soit présidé par un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

2. L'établissement par une province d'un tribunal pour adolescents au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* relève-t-il de la compétence législative de la province, conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Oui.

3. a) La nomination d'un juge du tribunal pour adolescents doit-elle être faite par le gouverneur en conseil, conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non, il n'est pas nécessaire que cette nomination soit faite par le gouverneur général. Il n'est pas fait mention du gouverneur en conseil à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la question de savoir si la nomination doit être faite par le gouverneur en conseil ne se pose donc pas.

b) Si la réponse donnée à a) est négative,

- (i) Le juge d'une cour provinciale peut-il être nommé juge du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil?

Réponse: Oui.

- (ii) Le juge d'une cour suprême peut-il être nommé juge du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil?

Réponse: Oui.

Version française des motifs des juges Wilson et McLachlin rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge en chef Lamer et je souscris à la

proposed disposition of the appeal and with a substantial part of his reasons. There is, however, one aspect of his reasons which I find problematic in light of earlier decisions of this Court. Specifically, I think that *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, and *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, establish a three-part test which we are obliged to apply in cases of this kind. It is necessary, in my view, to consider where jurisdiction over young offenders lay at Confederation.

Section 96 of the *Constitution Act, 1867* operates in general to limit the bestowal on inferior courts of jurisdiction that was reserved to superior courts at Confederation. The jurisdiction of inferior courts and tribunals is not, however, frozen at the limits in existence in 1867. The question of under what conditions that jurisdiction can be expanded was given a thorough treatment in *Re Residential Tenancies Act, 1979*. Although that case concerned a challenge to the powers of a provincially appointed administrative tribunal, the jurisdictional considerations are also relevant to the establishment of inferior courts such as the provincially administered youth court system at issue in this case. Dickson J. (as he then was) concluded his survey of the jurisprudence by stating at p. 732:

In general terms it may be said that it is now open to the provinces to invest administrative bodies with "judicial functions" as part of a broader policy scheme.

Dickson J. insisted, however, that the courts adopt a three-step approach for adjudicating jurisdictional challenges to the powers of administrative tribunals and inferior courts. I affirmed this approach in *Sobeys Stores* and, accordingly, am of the view that it should be applied here.

The first step in the *Residential Tenancies* test involves considering the specific power or jurisdiction conferred on the inferior court in light of the his-

manière dont il propose de régler le présent pourvoi ainsi qu'à une partie importante de ses motifs. Toutefois, un aspect de ses motifs cause, à mon avis, un problème, compte tenu des arrêts antérieurs de notre Cour. Plus précisément, je suis d'avis que le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, et l'arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, ont établi un critère à trois volets que nous sommes tenus d'appliquer dans les affaires ce genre. À mon avis, il est nécessaire de se demander qui avait compétence à l'égard des jeunes contrevenants à l'époque de la Confédération.

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique de manière générale pour restreindre l'attribution aux tribunaux inférieurs de compétences réservées aux cours supérieures à l'époque de la Confédération. Toutefois, la compétence des tribunaux inférieurs et des autres tribunaux n'est pas figée au niveau de ce qui existait en 1867. La question de savoir sous quelles conditions cette compétence peut être étendue a été examinée de manière approfondie dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Bien que cette affaire ait résulté de la contestation des pouvoirs d'un tribunal administratif nommé par un gouvernement provincial, les considérations d'ordre juridictionnel sont également pertinentes à la création de tribunaux inférieurs comme le système de tribunaux pour adolescents administré par la province dont il est question en l'espèce. Le juge Dickson (alors juge puîné) conclut son examen de la jurisprudence en disant à la p. 732:

En général, on peut dire que les provinces peuvent maintenant conférer des «fonctions judiciaires» à des organismes administratifs dans le cadre d'un système plus large.

Toutefois, le juge Dickson a instamment invité les tribunaux à adopter une interprétation à trois volets pour régler les contestations des compétences des tribunaux administratifs et des tribunaux inférieurs. J'ai confirmé cette interprétation dans l'arrêt *Sobeys Stores* et, par conséquent, je suis d'avis qu'elle devrait être appliquée en l'espèce.

Le premier volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* comporte l'examen, dans le contexte des conditions qui prévalaient à l'époque de la

torical conditions that existed at the time of Confederation. Only if the power was broadly conformable to the powers formerly exercised by s. 96 courts does one proceed to the second step, which requires a determination of whether the power of the administrative tribunal or court was a “judicial power”. The third step, reached only if the second step is answered in the affirmative, requires the courts to review the functioning of the challenged body in its institutional context. Of this third step Dickson J. said, at p. 736:

It may be that the impugned ‘judicial powers’ are merely subsidiary or ancillary to general administrative functions assigned to the tribunal . . . or the powers may be necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature. . . . In such a situation, the grant of judicial power to provincial appointees is valid.

For simplicity, I will refer to these three steps as I did in *Sobeys Stores* as “The Historical Inquiry”, “Judicial Function” and “The Institutional Setting”.

#### A. The Historical Inquiry

In my view, it is unnecessary to review the three issues that are necessary forerunners to this inquiry that were raised in *Sobeys Stores* (at pp. 251-52). In this appeal Lamer C.J. characterizes the jurisdiction over young persons conferred upon youth courts by the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 (the “Act”) as “jurisdiction over young persons charged with a criminal offence.” This characterization is sufficiently narrow and focused on the matter in dispute. The majority in *Sobeys Stores* held that the courts should concentrate their historical inquiry on the four original confederating provinces (Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick). Only where there was a “tie” should reference be had to the United Kingdom.

The parties and interveners on this appeal have provided detailed submissions on the application of the historical test and it is possible to form a reasona-

Confédération, de la compétence ou du pouvoir particulier attribué au tribunal inférieur. On ne doit passer au deuxième volet que si le pouvoir correspondait à la compétence qu’exerçaient auparavant les cours visées à l’art. 96. À cette étape, la question est de savoir si la compétence du tribunal administratif ou de la cour était un «pouvoir judiciaire». Si on répond par l’affirmative au deuxième volet, on passe au troisième volet qui demande que les tribunaux examinent le fonctionnement de l’organisme contesté dans son contexte institutionnel. À l’égard de ce troisième volet, le juge Dickson a dit à la p. 736:

Les «pouvoirs judiciaires» attaqués peuvent être simplement complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal [. . .] ou ils peuvent être nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législature. [. . .] Dans ce cas, l’attribution d’un pouvoir judiciaire à des organismes provinciaux est valide.

Pour simplifier, je vais désigner ces trois volets, comme je l’ai fait dans l’arrêt *Sobeys Stores*, sous les titres «analyse historique», «fonction judiciaire» et «cadre institutionnel».

#### A. L’analyse historique

À mon avis, il est inutile d’examiner les trois questions nécessairement préliminaires au présent examen qui ont été soulevées dans l’arrêt *Sobeys Stores* (aux pp. 251 et 252). En l’espèce, le juge en chef Lamer a qualifié la compétence à l’égard des adolescents qui est conférée aux tribunaux pour adolescents par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 (la «Loi») comme une «compétence particulière à l’égard des adolescents inculpés d’une infraction criminelle.» Cette qualification est suffisamment restreinte et porte sur la question en litige. Les juges de la majorité dans l’arrêt *Sobeys Stores* ont dit que les tribunaux devraient centrer leur analyse historique sur les quatre provinces qui ont formé la Confédération (l’Ontario, le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick). Il ne devrait être fait état de la situation au Royaume-Uni qu’en cas d’«égalité».

Les parties et les intervenants en l’espèce ont présenté des arguments détaillés sur l’application du critère historique et il est possible de faire une bonne

ble assessment as to the way jurisdiction over criminal offences committed by young people was dealt with in 1867 in the four original confederating provinces and, if necessary, in the United Kingdom.

### *Upper and Lower Canada*

From 1840 until their separation into provinces at Confederation, Ontario and Quebec shared a common legislature and substantive criminal law: see *An Act to Re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35 (1840). In 1857, legislation was passed that vested jurisdiction with respect to persons under 16 in two or more justices of the peace where the offence was simple larceny (or any offence punishable in the same way as simple larceny) and that provided for the imposition of reduced sentences: see *An Act for the more speedy trial and punishment of juvenile offenders*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 29. The maximum sentence was three months imprisonment or a \$20 fine.

In 1861, however, jurisdiction to try the more serious felonies committed by persons of any age was removed from the Sessions and Recorders' Courts: see *An Act to abolish the right of Courts of Quarter Sessions and Recorders' Courts to try Treasons and Capital Felonies*, S. Prov. C. 1861, 24 Vict., c. 14. At that time the punishment for most felonies was relatively severe compared with today. Indeed, many were punishable by death. By 1867, then, there was some shared jurisdiction over young offenders between superior and inferior courts, although the inferior courts were limited to trying cases involving offences to which a relatively light punishment was attached. We would call these "petty offences" today. If the accused was convicted, the courts made distinctions with respect to punishment on the basis of the age of the offender only in the case of the more minor offences.

évaluation du mode d'attribution de la compétence en matière d'infractions criminelles commises par des adolescents en 1867, dans les quatre premières provinces de la Confédération et, si nécessaire, au

<sup>a</sup> Royaume-Uni.

### *Le Bas et le Haut-Canada*

<sup>b</sup>

De 1840 jusqu'à leur constitution en provinces au moment de la Confédération, l'Ontario et le Québec ont partagé une assemblée législative commune et un même droit pénal positif: voir *Acte pour réunir les provinces du Haut et du Bas-Canada, et pour le gouvernement du Canada* (R.-U.), 3 & 4 Vict., ch. 35 (1840). En 1857, une loi a été adoptée qui conférait la compétence relative aux personnes âgées de moins de 16 ans à au moins deux juges de paix lorsque l'infraction était un vol simple (ou toute infraction punissable de la même manière que le vol simple) et qui prévoyait l'imposition d'une peine réduite: voir *Acte pour accélérer le procès et la punition des jeunes délinquants*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., ch. 29. La peine maximale était trois mois d'emprisonnement ou une amende de 20 \$.

<sup>j</sup>

Toutefois, en 1861, la compétence pour juger les infractions plus graves perpétrées par des personnes de tous âges a été enlevée aux Cours de sessions de quartier et de recorder: voir *Acte pour abolir le droit qu'ont les cours de sessions de quartier et des cours de recorder de juger les cas de trahison et félonies capitales*, S. Prov. C. 1861, 24 Vict., ch. 14. À cette époque, les peines prévues pour la plupart des infractions graves étaient relativement sévères par comparaison avec celles qui sont imposées de nos jours. En fait, un grand nombre étaient punissables par la peine de mort. En 1867, les cours supérieures et inférieures se sont alors partagé la compétence à l'égard des jeunes contrevenants bien que les tribunaux inférieurs aient été restreints à l'audition des affaires comportant des infractions qui entraînaient des peines relativement légères. De nos jours, ces infractions seraient qualifiées de «mineures». Si l'accusé était déclaré coupable, les tribunaux ne faisaient de distinctions en ce qui a trait à la peine, selon l'âge du contrevenant, que dans le cas des infractions les moins graves.



*New Brunswick*

The parties are agreed that prior to Confederation there was no legislation in New Brunswick that dealt specifically with young offenders or juveniles. Moreover, they agree that in 1867 inferior courts in New Brunswick only had jurisdiction with respect to so-called petty offences.

*Nova Scotia*

In 1841, legislation was passed that removed jurisdiction over indictable offences from the Court of General Sessions in 17 of 18 counties and that vested it exclusively in the Supreme Court. Thus, the jurisdiction of inferior courts was restricted to less serious offences. While Halifax County's inferior courts retained jurisdiction over indictable offences, only 14 per cent of the province's population had access to the Court of Sessions in Halifax County.

In 1864, the General Sessions Court was given specialized jurisdiction over young people under 14. This enabled it to impose reduced sentences when dealing with petty offences, assaults and trespasses. For these young offenders punishment was restricted to incarceration not exceeding six months or a fine: see *Of petty offences, trespasses, and assaults*, R.S.N.S. 1864, c. 147. At Confederation, then, it appears that the General Sessions Court, an inferior court, exercised jurisdiction over non-indictable offences and that a distinction with respect to punishment on the basis of the age of the accused was made in connection with some of these non-indictable offences. Superior courts tried the more serious offences regardless of the age of the accused.

The general picture that emerges from this historical survey of the four confederating provinces is that while inferior courts did in certain cases have limited jurisdiction over young offenders, this never extended beyond petty offences. The vast majority of

*Nouveau-Brunswick*

Les parties admettent que, avant la Confédération, aucune loi du Nouveau-Brunswick ne traitait spécifiquement des jeunes contrevenants ou des adolescents. En outre, elles sont convenues que, en 1867, les tribunaux inférieurs au Nouveau-Brunswick n'étaient compétents qu'à l'égard des infractions qualifiées de mineures.

*Nouvelle-Écosse*

En 1841, une loi a été adoptée pour enlever à la Court of General Sessions la compétence à l'égard des actes criminels dans 17 des 18 comtés et pour la conférer exclusivement à la Cour suprême. Par conséquent, la compétence des tribunaux inférieurs était limitée aux infractions moins graves. Bien que les tribunaux inférieurs du comté de Halifax aient conservé leur compétence à l'égard des actes criminels, seulement 14 p. 100 de la population de la province avaient accès à la Court of Sessions dans le comté de Halifax.

En 1864, la General Sessions Court s'est vu attribuée une compétence spécialisée à l'égard des adolescents âgés de moins de 14 ans. Cela lui permettait d'imposer des peines réduites pour des infractions mineures, des voies de faits et des intrusions. Pour ces jeunes contrevenants, la peine était limitée à un emprisonnement d'au plus six mois ou à une amende: voir *Of petty offences, trespasses, and assaults*, R.S.N.S. 1864, ch. 147. Alors, au moment de la Confédération, il appert que la General Sessions Court, un tribunal inférieur, exerçait une compétence à l'égard des infractions qui n'étaient pas des actes criminels et qu'une distinction en matière de peine était établie selon l'âge de l'accusé pour certaines de ces infractions qui n'étaient pas des actes criminels. Les cours supérieures étaient saisies des infractions plus graves sans égard à l'âge de l'accusé.

Cette analyse historique des quatre provinces qui ont formé la Confédération révèle de façon générale que, même si les tribunaux inférieurs avaient dans certains cas une compétence limitée à l'égard des jeunes contrevenants, elle n'a jamais dépassé les infractions mineures. La grande majorité des infractions qui sont maintenant visées par la Loi devaient

offences now covered by the Act were required to be tried before the superior courts of the province.

I conclude, therefore, that the jurisdiction of the youth courts at issue in this appeal broadly conforms to that exercised by s. 96 courts at Confederation and it is necessary to proceed to the second branch of the test.

### B. Judicial Function

In my view, there can be no doubt that the function of the youth courts is judicial in nature. Unlike the administrative bodies for which this part of the test was designed, the youth courts are clearly just criminal courts with a specialized clientele. Many of the substantive and procedural protections afforded the accused under the *Criminal Code* are reproduced in the Act and form the procedural basis for conducting the trials of young offenders.

Indeed, I note that s. 16 of the Act allows for the transfer to the ordinary criminal court system of trials of persons over the age of 14 who are accused of more serious offences. To my mind, this is further evidence that the youth courts are a parallel judicial regime carrying out largely identical adjudicative functions for a certain subset of offenders. It is therefore necessary to pass to the third branch of the *Residential Tenancies* test.

### C. The Institutional Setting

At this stage of the test the courts must determine whether the impugned judicial powers of the youth courts, as exercised within the context of the legislative purpose for which they were created, are "necessarily incidental" to broader policy aims set out in the Act or, alternatively, whether they are effectively usurping the role of s. 96 courts.

On this issue I would respectfully adopt the views of Lamer C.J. concerning the innovative and compre-

être jugées devant les cours supérieures de la province.

Par conséquent, je suis d'avis de conclure que la compétence des tribunaux pour adolescents visés dans le présent pourvoi correspond généralement à une compétence exercée par les cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération et il faut passer au deuxième volet du critère.

### B. La fonction judiciaire

À mon avis, il n'y a aucun doute que la fonction des tribunaux pour adolescents est de nature judiciaire. Contrairement aux organismes administratifs pour lesquels cette partie du critère était conçue, les tribunaux pour adolescents sont de toute évidence simplement des cours de justice de juridiction criminelle visant une clientèle spécialisée. Un grand nombre des protections de fond et de procédure accordées à l'accusé aux termes du *Code criminel* sont reproduites dans la Loi et forment le fondement procédural des procès des jeunes contrevenants.

En fait, je souligne que l'art. 16 de la Loi permet le renvoi à la juridiction normalement compétente des procès des adolescents âgés de plus de 14 ans qui sont accusés d'infractions plus graves. À mon avis, il s'agit d'une preuve supplémentaire que les tribunaux pour adolescents forment un régime judiciaire parallèle doté de fonctions juridictionnelles largement identiques mais conçu pour un certain sous-ensemble de contrevenants. Il est, par conséquent, nécessaire de passer au troisième volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*.

### C. Le cadre institutionnel

À ce stade du critère, les tribunaux doivent déterminer si les compétences judiciaires contestées des tribunaux pour adolescents qui sont exercées dans le contexte de l'objectif législatif en vertu duquel ils ont été créés, sont «nécessairement accessoires» à des objectifs visés par les grandes politiques énoncées dans la Loi ou, subsidiairement, si en fait ces tribunaux usurpent le rôle des cours visées à l'art. 96.

À cet égard, je suis d'avis, en toute déférence, de faire mienne l'opinion du juge en chef Lamer selon

hensive social philosophy towards young offenders which the Act embodies. It is indeed a new and different approach which focuses on rehabilitation rather than punishment and stigmatization. The differential sentencing provisions in the Act are but one example of Parliament's novel approach to the problem of young people who become involved in criminal activity. As this Court has remarked before, the Act reflects a recognition that it is in society's interest "to assist young offenders "to strengthen their better instincts": see *R. v. M.(S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, *per* L'Heureux-Dubé J., at p. 475. In my view, this legislative aim is both legitimate and desirable and the powers bestowed upon youth courts are necessarily incidental to its attainment.

For the above reasons, I would uphold the powers conferred by the Act on youth courts under the third part of the *Residential Tenancies* test. These powers constitute a novel jurisdiction that forms an essential part of the government's new philosophical approach to young offenders.

I would accordingly dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the same manner as Lamer C.J.

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

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Chief Justice Lamer and Justice Wilson. With respect, I differ from both my colleagues in that I do not believe that the test enunciated in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, is fully applicable to the case at bar. One must of course start with the question which forms the first stage of that test which, in the words of Dickson J. (as he then was) in *Residential Tenancies*, requires the court to ask whether the impugned power or jurisdiction "conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation"; see p. 734,

lequel la Loi met en application une philosophie sociale innovatrice et globale à l'égard des jeunes contrevenants. Il s'agit en effet d'une démarche nouvelle et différente qui met l'accent sur la réadaptation plutôt que sur la peine et la stigmatisation. Les dispositions distinctives de la Loi en matière de détermination de la peine sont un exemple parmi d'autres de la nouvelle position adoptée par le législateur à l'égard du problème que posent les adolescents impliqués dans une activité criminelle. Comme notre Cour l'a fait remarquer précédemment, la Loi reflète une prise de conscience du fait qu'il est dans l'intérêt de la société «d'aider les jeunes contrevenants à «affermir leurs meilleurs instincts»»: voir *R. c. M.(S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, le juge L'Heureux-Dubé à la p. 475. À mon avis, cet objectif législatif est à la fois légitime et souhaitable et les pouvoirs attribués aux tribunaux pour adolescents sont nécessairement accessoires à sa réalisation.

Pour ces motifs, je suis d'avis de confirmer les pouvoirs que confère la Loi aux tribunaux pour adolescents aux termes du troisième volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Ces pouvoirs constituent une compétence nouvelle qui forme une partie essentielle de la nouvelle attitude philosophique du gouvernement à l'égard des jeunes contrevenants.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que le juge en chef Lamer.

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

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Wilson. Avec égards, je suis d'un avis différent de celui de mes deux collègues parce que je ne crois pas que le critère énoncé dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, s'applique tout à fait à l'espèce. Il faut sans doute partir de la question qui constitue le premier volet du critère qui, comme le dit le juge Dickson (alors juge puîné) dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, exige que la cour se demande si le pouvoir ou la compétence contestés «correspondent au pouvoir ou à la compétence

though it would appear more accurate to speak of the power and jurisdiction then exclusively exercised by such courts or, as Lamer C.J. puts it, their “core functions”; see *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364. But the second and third stages of the *Residential Tenancies* test, recently applied in *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, are of no relevance to the question of whether an ordinary court is or is not exercising a function which was historically assigned to superior courts. Both cases concerned the application of s. 96 to administrative tribunals that exercised powers or jurisdiction that were alleged to be powers or jurisdiction exercised by superior courts in 1867, and the content of the second and third stages of the test they apply reflects this factual context. The second test is directed at determining whether the relevant power or jurisdiction is exercised as a “judicial power”, while the third is aimed at determining whether this judicial power is the sole or central function of the body that exercises it. They are, therefore, inapplicable to an ordinary court. A power or jurisdiction exercised by an ordinary court will obviously be a “judicial power” that is the sole or central function of the body that exercises it. This means that in the context of a case concerned with the constitutionality of the powers or jurisdiction of an ordinary court, reliance on *Residential Tenancies* will simply amount to the imposition of a foreordained conclusion.

The foregoing is fully consistent with the decision in *Residential Tenancies*. Throughout his reasons in that case, Dickson J. made it clear that the problem he was addressing was that which arose when a province sought to vest judicial powers in an administrative tribunal. Thus at p. 733 he said, in summarizing s. 96 jurisprudence, that “s. 96 can no longer be construed as a bar to a province seeking to vest an administrative tribunal with ancillary ‘judicial’ powers formerly exercised by s. 96 courts”. [The emphasis and that which follows is added.] Again, in setting out the first part of his three-part test, Dickson J. said that it involved the “consideration, in the light of the historical conditions existing in 1867, of the particu-

qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération», à la p. 734, bien qu’il serait plus juste de parler de pouvoir ou de compétence exercés exclusivement par ces cours ou, comme le dit le juge en chef Lamer, de leurs «fonctions essentielles»; voir *Procureur général du Canada c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364. Cependant, les deuxième et troisième volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, récemment appliqués dans l’arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, n’ont rien à voir avec la question de savoir si une cour ordinaire exerce ou non une fonction historiquement attribuée aux cours supérieures. Les deux arrêts portent sur l’application de l’art. 96 à des tribunaux administratifs qui exerçaient des pouvoirs ou compétences que l’on soutenait avoir été des pouvoirs ou compétences exercés par les cours supérieures en 1867 et la teneur des deuxième et troisième volets du critère qu’ils appliquent reflète ce contexte de fait. Le deuxième volet vise à déterminer si la compétence en cause est exercée en tant que «compétence judiciaire» alors que le troisième vise à déterminer si la compétence judiciaire est la seule fonction ou la fonction principale de l’organisme qui l’exerce. Ils sont donc inapplicables à une cour ordinaire. Un pouvoir ou une compétence qu’exerce une cour ordinaire est forcément une «compétence judiciaire» qui est la seule fonction ou la fonction principale de l’organisme qui l’exerce. Il s’ensuit que lorsque l’affaire porte sur la constitutionnalité des pouvoirs ou compétences d’une cour ordinaire, le recours au *Renvoi sur la location résidentielle* équivaut à imposer une conclusion qui va forcément de soi.

Ce qui précède est tout à fait compatible avec le *Renvoi sur la location résidentielle*. Tout au long de ses motifs dans ce renvoi, le juge Dickson dit expressément qu’il cherchait la solution à la question qui se pose quand une province tente d’attribuer des pouvoirs judiciaires à un tribunal administratif. Ainsi, dit-il à la p. 733, pour résumer la jurisprudence relative à l’art. 96, «on ne peut plus soutenir que l’art. 96 empêche une province de conférer à un tribunal administratif les pouvoirs «judiciaires» accessoires qu’exerçaient auparavant les tribunaux établis à l’art. 96». [Je souligne ici et plus loin.] Encore une fois, en énonçant la première partie de son critère à trois volets, le juge Dickson affirme que celle-ci porte

lar power or jurisdiction conferred upon the tribunal" (p. 734). It would have been easy for him to add the words "or court" if he had intended to create a test applicable to inferior courts as well as administrative tribunals. A similar comment can be made with respect to the language he uses in setting out the second and third parts of his test. At page 735 he says, in relation to the second part of the test, that the "primary issue is the nature of the question which the tribunal is called upon to decide". At page 736, he concludes his description of the third part of the test by saying the "scheme is only invalid when the adjudicative function is a sole or central function of the tribunal (*Farrah*) so that the tribunal can be said to be operating 'like a s. 96 court'". These extracts make it clear that the only problem Dickson J. had in mind in setting out his three-part test was the usurpation of s. 96 jurisdiction by provincially established administrative tribunals.

Viewing the matter as I do, this case must, as I see it, simply turn on the proper characterization of the jurisdiction accorded to the provincial Youth Courts under the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110. As to this, it is sufficient to say that I agree with Lamer C.J. that the Act constitutes a jurisdiction over young persons offending the criminal law that did not exist at Confederation but is part and parcel of a general scheme designed to respond to what is a novel concern of society and is not part of the core of jurisdiction protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

I would, therefore, dispose of the appeal in the same manner as Lamer C.J.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: MacLeod & MacDougall, Charlottetown.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Prince Edward Island: The Deputy Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.*

sur «l'examen dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir particuliers attribués au tribunal » (à la p. 734). Il lui aurait été facile d'ajouter «ou à la cour de justice» s'il avait voulu établir un critère applicable aussi bien aux cours d'instance inférieure qu'aux tribunaux administratifs. On peut faire le même commentaire à propos des termes qu'il utilise pour formuler les deuxième et troisième volets du critère. À la p. 735, à propos du deuxième volet du critère, il dit qu'«il faut d'abord établir la nature de la question que le tribunal doit trancher». À la p. 736, il conclut l'énoncé du troisième volet du critère en disant que la «loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger (l'arrêt *Farrah*) et qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne «comme une cour visée à l'art. 96». Ces citations indiquent clairement que le seul problème que le juge Dickson avait à l'esprit au moment d'énoncer son critère à trois volets était celui de l'usurpation par les tribunaux administratifs établis par les provinces de la compétence réservée en vertu de l'art. 96.

Selon ma façon de voir, l'espèce dépend uniquement de la bonne qualification de la compétence conférée aux tribunaux provinciaux pour adolescents en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110. À ce sujet, il suffit de dire que je suis d'accord avec le juge en chef Lamer lorsqu'il conclut que la Loi attribue une compétence sur les adolescents qui ont enfreint les lois criminelles, compétence qui n'existait pas au moment de la Confédération, qui appartient à un régime destiné à répondre à un besoin nouveau de la société et qui ne relève pas de l'essentiel de la compétence réservée en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi de la manière que propose le juge en chef Lamer.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: MacLeod & MacDougall, Charlottetown.*

*Procureur de l'intimé le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Le sous-procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: John R. Power, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: John R. Power, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Deputy Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le sous-procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Department of Attorney General, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le ministère du Procureur général, Halifax.*

**J.T.F. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen as represented by  
the Attorney General of Nova  
Scotia Respondent**

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Quebec, the Attorney General  
for New Brunswick and the Attorney  
General of Prince Edward  
Island Intervenors**

INDEXED AS: R. v. F.(J.T.)

File No.: 21587.

1990: May 31\*.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME  
COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Courts — Jurisdiction —  
Accused convicted by provincially appointed judge pre-  
siding over youth court — Whether jurisdiction con-  
ferred on youth court reserved to superior court judges  
— Whether establishment of youth court within provin-  
cial legislative competence — Young Offenders Act,  
S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867,  
ss. 92, 96.*

*Courts — Jurisdiction — Accused convicted by pro-  
vincially appointed judge presiding over youth court —  
Whether jurisdiction conferred on youth court reserved  
to superior court judges — Whether establishment of  
youth court within provincial legislative competence —  
Whether youth court judges must be appointed by Gov-  
ernor in Council — Whether provincial court judges can  
be appointed youth court judges by Lieutenant Gover-*

\* Reasons delivered February 7, 1991.

\*\* Chief Justice at the time reasons delivered.

**J.T.F. Appellant**

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine, représentée par le  
procureur général de la Nouvelle-  
Écosse Intimée**

<sup>b</sup> et

<sup>c</sup> **Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec, le procureur  
général du Nouveau-Brunswick et le  
procureur général de l'Île-du-Prince-  
Édouard Intervenants**

<sup>d</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. F.(J.T.)

N° du greffe: 21587.

1990: 31 mai\*.

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Lamer\*\* et les juges Wilson,  
La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et  
McLachlin.

<sup>f</sup> EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR  
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

<sup>g</sup> *Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence —  
Déclaration de culpabilité de l'accusé par un juge  
nommé par une province présidant un tribunal pour  
adolescents — La compétence attribuée au tribunal  
pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours  
supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour ado-  
lescents relève-t-il de la compétence législative provin-  
ciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-  
81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867,  
art. 92, 96.*

<sup>h</sup> *Tribunaux — Compétence — Déclaration de culpabi-  
lité de l'accusé par un juge nommé par une province  
présidant un tribunal pour adolescents — La compé-  
tence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle  
réservée aux juges de cours supérieures? — L'établis-  
sement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la  
compétence législative provinciale? — Les juges des tri-  
bunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le*

\* Motifs déposés le 7 février 1991.

\*\* Juge en chef à la date du dépôt des motifs.

*nor in Council — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.*

Appellant, a young person within the meaning of the *Young Offenders Act*, was convicted by a family court judge sitting as a youth court judge of possession of stolen goods and of having violated the terms of a prior disposition of the youth court. The Court of Appeal found that the jurisdiction of youth court judges did not fall within the purview of s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and accordingly was not reserved for superior court judges. It upheld the conviction. This appeal is to determine (1) whether the *Young Offenders Act* is unconstitutional to the extent that it does not specifically require that the youth court be presided over by a judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*; (2) whether the establishment of a youth court is within provincial legislative competence; (3) whether youth court judges must be appointed by the Governor in Council; and, if not, (4) whether provincial court judges can be appointed judges of the youth court by the Lieutenant Governor in Council.

*Held:* The appeal should be dismissed.

In light of this Court's decision in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, (1) provincially appointed judges can preside over youth courts without offending s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, (2) the establishment of youth courts is within provincial legislative competence, (3) youth court judges need not be appointed by the Governor General, and (4) provincial court judges can be appointed youth court judges by the Lieutenant Governor in Council.

#### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252.

*gouverneur en conseil? — Les juges des cours provinciales peuvent-ils être nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.*

L'appelant, un adolescent au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, a été reconnu coupable par un juge du tribunal de la famille qui siégeait en sa qualité de juge du tribunal pour adolescents, d'avoir eu en sa possession des biens volés et d'avoir violé les conditions d'une décision antérieure du tribunal pour adolescents. La Cour d'appel a conclu que la compétence des juges des tribunaux pour adolescents ne relevait pas de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elle n'était donc pas réservée aux juges des cours supérieures. Elle a confirmé la déclaration de culpabilité. Il s'agit dans le présent pourvoi de déterminer (1) si la *Loi sur les jeunes contrevenants* est inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'exige pas expressément que le tribunal pour adolescents soit présidé par un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (2) si l'établissement d'un tribunal pour adolescents relève de la compétence législative provinciale; (3) si un juge du tribunal pour adolescents doit être nommé par le gouverneur en conseil; et, dans la négative (4) si les juges des cours provinciales peuvent être nommés juges du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Compte tenu de l'arrêt de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, (1) les juges nommés par les provinces peuvent siéger comme juge des tribunaux pour adolescents sans porter atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (2) l'établissement d'un tribunal pour adolescents relève de la compétence législative provinciale, (3) il n'est pas nécessaire qu'un juge du tribunal pour adolescents soit nommé par le gouverneur général, et (4) les juges des cours provinciales peuvent être nommés juges du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil.

#### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt appliqué:** *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252.



By Wilson J.

**Applied:** *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252.

By La Forest J.

**Applied:** *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252.

#### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 92, 96.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 313(a).

*Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 2.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1989), 90 N.S.R. (2d) 355, 230 A.P.R. 355, dismissing the appellant's appeal from his conviction by a Family Court judge sitting as a Youth Court judge. Appeal dismissed.

*Chandra Gosine*, for the appellant.

*Robert E. Lutes and Louise Walsh Poirier*, for the respondent.

*John R. Power, Q.C., James Mabbutt, Q.C., and James Bissell*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*John Cavarzan, Q.C., and Timothy Macklem*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jean Bouchard and Jean Turmel*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*R. B. Hubley, Q.C., and Agnes MacDonald*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

The reasons of Lamer C.J. and Gonthier and Cory JJ. were delivered by

LAMER C.J.—This appeal was heard together with *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991]

Citée par le juge Wilson

**Arrêt appliqué:** *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252.

<sup>a</sup> Citée par le juge La Forest

**Arrêt appliqué:** *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252.

#### <sup>b</sup> Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 313a).

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92, 96.

*Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 2.

<sup>c</sup>

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1989), 90 N.S.R. (2d) 355, 230 A.P.R. 355, qui a rejeté l'appel de l'appellant contre sa déclaration de culpabilité prononcée par un juge du tribunal de la famille siégeant comme juge du tribunal pour adolescent. Pourvoi rejeté.

<sup>e</sup> *Chandra Gosine*, pour l'appellant.

*Robert E. Lutes et Louise Walsh Poirier*, pour l'intimée.

<sup>f</sup> *John R. Power, c.r., James Mabbutt, c.r., et James Bissell*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

<sup>g</sup> *John Cavarzan, c.r., et Timothy Macklem*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean Bouchard et Jean Turmel*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

<sup>h</sup> *Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

<sup>i</sup> *R. B. Hubley, c.r., et Agnes MacDonald*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Gonthier et Cory rendus par

<sup>j</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que le *Renvoi relatif à la Loi*

1 S.C.R. 252, in which the reasons were handed down today by this Court. Pursuant to the provisions of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, the Province of Nova Scotia had designated the Family Court a Youth Court. The appellant, a young person within the meaning of the *Young Offenders Act*, had been charged with possession of a stolen truck contrary to s. 313(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and with failure to comply with a condition of a Youth Court disposition requiring him to keep the peace and good behaviour contrary to s. 26 of the *Young Offenders Act*. He appeared before a judge of the Family Court who was sitting as a judge of the Youth Court and was found guilty of the offence of possession of stolen goods and of having violated the terms of a prior disposition of the Youth Court. Before the Court of Appeal, the appellant challenged the jurisdiction of the Youth Court judge on the ground that this jurisdiction was within the purview of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, and thus reserved for superior court judges. The Court of Appeal rejected this argument and found that the Family Court judges have jurisdiction to preside over Youth Courts without offending s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

For the reasons which I have reached in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the following manner:

1. Is the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, unconstitutional on the basis and to the extent that it does not specifically require that the Youth Court be presided over by a Judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No

2. Is the establishment by a Province of a Youth Court as defined by s. 2 of the *Young Offenders Act* within the legislative competence of the Province pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

*sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, dont les motifs de jugement sont déposés aujourd'hui par notre Cour. Conformément aux dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, la province de la Nouvelle-Écosse a désigné le tribunal de la famille comme tribunal pour adolescents. L'appellant, un adolescent au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, a été accusé d'avoir eu en sa possession un camion volé en contravention de l'al. 313a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et d'avoir omis de se conformer à une condition d'une décision d'un tribunal pour adolescents l'obligeant à ne pas troubler l'ordre public et à bien se conduire et ce, en violation de l'art. 26 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Il a comparu devant un juge du tribunal de la famille qui siégeait en sa qualité de juge du tribunal pour adolescents, et il a été reconnu coupable d'avoir eu en sa possession des biens volés et d'avoir violé les conditions d'une décision antérieure du tribunal pour adolescents. Devant la Cour d'appel, l'appellant a contesté la compétence du juge du tribunal pour adolescents en alléguant que cette compétence était visée par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elle était donc réservée aux juges des cours supérieures. La Cour d'appel a rejeté cet argument et elle a statué que les juges du tribunal de la famille ont compétence pour présider les tribunaux pour adolescents sans violer l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Pour les motifs que j'ai énoncés dans le *Renvoi relatif sur la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, est-elle inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'exige pas expressément que le tribunal pour adolescents soit présidé par un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

2. L'établissement par une province d'un tribunal pour adolescents au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* relève-t-il de la compétence législative de la province, conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Answer: Yes

3. (a) Is the appointment of a Youth Court Judge an appointment which must be made by the Governor in Council pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*? <sup>a</sup>

Answer: No, the appointment need not be made by the Governor General. The Governor in Council is not mentioned in s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, therefore the question of whether the appointment must be made by the Governor in Council does not arise. <sup>b</sup>

(b) If the answer to (a) is no, can a Provincial Court Judge be appointed a Judge of the Youth Court by the Lieutenant Governor in Council? <sup>c</sup>

Answer: Yes

The reasons of Wilson and McLachlin JJ. were delivered by <sup>e</sup>

WILSON J.—For the reasons I gave in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, a case that was heard together with this appeal, I agree with Chief Justice Lamer's proposed disposition of this appeal. <sup>f</sup>

I would accordingly dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the same manner as Lamer C.J. <sup>g</sup>

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by <sup>h</sup>

LA FOREST J.—For the reasons set forth in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, issued concurrently, I would dispose of this appeal in the manner proposed by Chief Justice Lamer. <sup>i</sup>

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Chandra Gosine, Halifax.* <sup>j</sup>

Réponse: Oui.

3. a) La nomination d'un juge du tribunal pour adolescents doit-elle être faite par le gouverneur en conseil, conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*? <sup>a</sup>

Réponse: Non, il n'est pas nécessaire que cette nomination soit faite par le gouverneur général. Il n'est pas fait mention du gouverneur en conseil à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la question de savoir si la nomination doit être faite par le gouverneur en conseil ne se pose donc pas. <sup>b</sup>

b) Si la réponse donnée à a) est négative, le juge d'une cour provinciale peut-il être nommé juge du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? <sup>c</sup>

Réponse: Oui. <sup>d</sup>

Version française des motifs des juges Wilson et McLachlin rendus par <sup>e</sup>

LE JUGE WILSON—Pour les motifs que j'ai exposés dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, entendu en même temps que celui-ci, je suis d'accord avec la manière dont le juge en chef Lamer propose de trancher ce pourvoi. <sup>f</sup>

Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que le fait le juge en chef Lamer. <sup>g</sup>

Version française des motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé rendus par <sup>h</sup>

LE JUGE LA FOREST—Pour les motifs énoncés dans le pourvoi connexe *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, je trancherais le présent pourvoi de la façon proposée par le juge en chef Lamer. <sup>i</sup>

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appellant: Chandra Gosine, Halifax.* <sup>j</sup>

*Solicitors for the respondent: Robert E. Lutes and Louise Walsh Poirier, Halifax.*

*Procureurs de l'intimée: Robert E. Lutes et Louise Walsh Poirier, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John R. Power, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du*  
*a Canada: John R. Power, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de*  
*l'Ontario: Le ministère du Procureur général,*  
*Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du*  
*Québec: Jean Bouchard, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Deputy Attorney General of*  
*New Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du*  
*Nouveau-Brunswick: Le sous-procureur général du*  
*Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: The Deputy Attorney General of*  
*Prince Edward Island, Charlottetown.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de*  
*l'Île-du-Prince-Édouard: Le sous-procureur général*  
*de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

**D.A.W. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen, as represented by  
the Attorney General of Nova  
Scotia Respondent**

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Quebec, the Attorney General  
for New Brunswick and the Attorney  
General of Prince Edward  
Island Intervenors**

INDEXED AS: R. v. W. (D.A.)

File No.: 21578.

1990: May 31\*.

Present: Lamer C.J.\*\* and Wilson, La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME  
COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.*

*Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Whether youth court judges must be appointed by Governor in Council — Whether provincial court judges can be appointed youth court judges by Lieutenant Governor in Council — Young Offenders Act,*

\* Reasons delivered February 7, 1991.

\*\* Chief Justice at the time reasons delivered.

**D.A.W. Appellant**

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine, représentée par le  
procureur général de la  
Nouvelle-Écosse Intimée**<sup>b</sup> et<sup>c</sup> **Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec, le procureur  
général du Nouveau-Brunswick et le  
procureur général de  
l'Île-du-Prince-Édouard Intervenants**<sup>d</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. W. (D.A.)

N° du greffe: 21578.

1990: 31 mai\*.

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Lamer\*\* et les juges Wilson,  
La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et  
McLachlin.<sup>f</sup> EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR  
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.*

*Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Les juges des tribunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le gouverneur en conseil? — Les juges des cours provinciales peuvent-ils être*

\* Motifs déposés le 7 février 1991.

\*\* Juge en chef à la date du dépôt des motifs.

S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — *Constitution Act, 1867*, ss. 92, 96.

Appellant, a young person within the meaning of the *Young Offenders Act*, was charged with offences under the *Criminal Code* and appeared before a judge of the provincial magistrate's court sitting as a youth court judge, who declined jurisdiction. The Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, found that the provincial court judge had jurisdiction to sit as a youth court judge and issued the mandamus sought by the Crown. The Court of Appeal upheld the decision. This appeal is to determine (1) whether the *Young Offenders Act* is unconstitutional to the extent that it does not specifically require that the youth court be presided over by a judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*; (2) whether the establishment of a youth court is within provincial legislative competence; (3) whether a youth court judge must be appointed by the Governor in Council; and, if not, (4) whether provincial court judges can be appointed judges of the youth court by the Lieutenant Governor in Council.

**Held:** The appeal should be dismissed.

In light of this Court's decision in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, (1) provincially appointed judges can preside over youth courts without offending s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, (2) the establishment of youth courts is within provincial legislative competence, (3) youth court judges need not be appointed by the Governor General, and (4) provincial court judges can be appointed youth court judges by the Lieutenant Governor in Council.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252.

By Wilson J.

**Applied:** *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252.

*nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.*

<sup>a</sup> L'appelant, un adolescent au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, a été inculpé d'infractions au *Code criminel* et il a comparu devant un juge de la Provincial Magistrate's Court, siégeant en sa capacité de juge du tribunal pour adolescents, qui s'est déclaré <sup>b</sup> incompétent pour connaître de l'affaire. La division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a conclu que le juge de la cour provinciale avait la compétence requise pour siéger comme juge du tribunal pour adolescents, et elle a accordé le *mandamus* <sup>c</sup> demandé par le ministère public. La Cour d'appel a confirmé la décision. Il s'agit dans le présent pourvoi de déterminer (1) si la *Loi sur les jeunes contrevenants* est inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'exige pas expressément que le tribunal pour adolescents soit <sup>d</sup> présidé par un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (2) si l'établissement d'un tribunal pour adolescents relève de la compétence législative provinciale; (3) si un juge du tribunal pour adolescents doit être nommé par le gouverneur en conseil; et, <sup>e</sup> dans la négative (4) si les juges des cours provinciales peuvent être nommés juges du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil.

**Arrêt:** Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> Compte tenu de l'arrêt de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, (1) les juges nommés par les provinces peuvent siéger comme juges des tribunaux pour adolescents sans porter atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, <sup>g</sup> (2) l'établissement d'un tribunal pour adolescents relève de la compétence législative provinciale, (3) il n'est pas nécessaire qu'un juge du tribunal pour adolescents soit nommé par le gouverneur général, et (4) les juges des cours provinciales peuvent être nommés juges du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil. <sup>h</sup>

### Jurisprudence

<sup>i</sup> Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt appliqué:** *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252.

Citée par le juge Wilson

<sup>j</sup> **Arrêt appliqué:** *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252.

By La Forest J.

**Applied:** *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252.

#### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 92, 96.  
*Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 2.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1989), 92 N.S.R. (2d) 92, 237 A.P.R. 92, 49 C.C.C. (3d) 284, affirming Glube C.J.T.D.'s decision (1988), 86 N.S.R. (2d) 392, 218 A.P.R. 392, 44 C.C.C. (3d) 138, granting mandamus. Appeal dismissed.

*Chandra Gosine*, for the appellant.

*Robert E. Lutes and Louise Walsh Poirier*, for the respondent.

*John R. Power, Q.C., James Mabbutt, Q.C., and James Bissell*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*John Cavarzan, Q.C., and Timothy Macklem*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jean Bouchard and Jean Turmel*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*R. B. Hubley, Q.C., and Agnes MacDonald*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

The reasons of Lamer C.J. and Gonthier and Cory JJ. were delivered by

LAMER C.J.—This appeal was heard together with *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, in which the reasons were handed down today by this Court. Pursuant to the provisions of the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, the Province of Nova Scotia had designated the Provincial Magistrate's Court a Youth Court. The

Citée par le juge La Forest

**Arrêt appliqué:** *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252.

#### <sup>a</sup> Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92, 96.  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 2.

<sup>b</sup>

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel (1989), 92 N.S.R. (2d) 92, 237 A.P.R. 92, 49 C.C.C. (3d) 284, qui a confirmé la décision du juge en chef Glube de la Division de première instance (1988), 86 N.S.R. (2d) 392, 218 A.P.R. 392, 44 C.C.C. (3d) 138, qui avait accordé un *mandamus*. Pourvoi rejeté.

<sup>d</sup> *Chandra Gosine*, pour l'appelant.

*Robert E. Lutes et Louise Walsh Poirier*, pour l'intimée.

<sup>e</sup> *John R. Power, c.r., James Mabbutt, c.r., et James Bissell*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

<sup>f</sup> *John Cavarzan, c.r., et Timothy Macklem*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean Bouchard et Jean Turmel*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

<sup>g</sup> *Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

<sup>h</sup> *R. B. Hubley, c.r., et Agnes MacDonald*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Gonthier et Cory rendus par

<sup>i</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, dont les motifs de jugement ont été déposés aujourd'hui par notre Cour. Conformément aux dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, la province de la

appellant, a young person within the meaning of the *Young Offenders Act*, had been charged with offences under the *Criminal Code* and had appeared before a judge of the Provincial Magistrate's Court who was sitting as a judge of the Youth Court. Randall Prov. Ct. J. gave a ruling declining jurisdiction. By originating notice, the respondent, the Attorney General of Nova Scotia, commenced an application to the Supreme Court of Nova Scotia in which he argued for the constitutionality of the *Young Offenders Act*, and requested an order in the nature of a mandamus. Glube C.J.T.D. found that Judge Randall had jurisdiction and authority to sit as a Youth Court Judge and issued the mandamus. The Court of Appeal confirmed Glube C.J.T.D.'s decision.

For the reasons which I have reached in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the following manner:

1. Is the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, unconstitutional on the basis and to the extent that it does not specifically require that the Youth Court be presided over by a Judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. Is the establishment by a Province of a Youth Court as defined by s. 2 of the *Young Offenders Act* within the legislative competence of the Province pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes.

3. (a) Is the appointment of a Youth Court Judge an appointment which must be made by the Governor in Council pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No, the appointment need not be made by the Governor General. The Governor in

Nouvelle-Écosse a désigné la Provincial Magistrate's Court comme tribunal pour adolescents. L'appellant, un adolescent au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, a été accusé d'avoir commis des infractions prévues au *Code criminel* et il a comparu devant un juge de la Provincial Magistrate's Court qui siégeait en sa capacité de juge du tribunal pour adolescents. Le juge Randall s'est déclaré incompétent pour connaître de l'affaire. Par un avis de requête introductif d'instance, l'intimé, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, a présenté une demande à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans laquelle il défendait la constitutionnalité de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et sollicitait une ordonnance de *mandamus*. Le juge en chef Glube de la division de première instance a conclu que le juge Randall avait la compétence requise pour siéger comme juge du tribunal pour adolescents, et elle a accordé le *mandamus*. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge en chef Glube.

Pour les motifs énoncés dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (I.-P.-É)*, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, est-elle inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'exige pas expressément que le tribunal pour adolescents soit présidé par un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

2. L'établissement par une province d'un tribunal pour adolescents au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* relève-t-il de la compétence législative de la province, conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Oui.

3. a) La nomination d'un juge du tribunal pour adolescents doit-elle être faite par le gouverneur en conseil, conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non, il n'est pas nécessaire que cette nomination soit faite par le gouverneur général.



Council is not mentioned in s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, therefore the question of whether the appointment must be made by the Governor in Council does not arise.

(b) If the answer to (a) is no, can a Provincial Court Judge be appointed a Judge of the Youth Court by the Lieutenant Governor in Council?

Answer: Yes.

The reasons of Wilson and McLachlin JJ. were delivered by

WILSON J.—For the reasons I gave in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, a case that was heard together with this appeal, I agree with Chief Justice Lamer's proposed disposition of this appeal.

I would accordingly dismiss the appeal and answer the constitutional questions in the same manner as Lamer C.J.

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

LA FOREST J.—For the reasons set forth in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, issued concurrently, I would dispose of this appeal in the manner proposed by Chief Justice Lamer.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Chandra Gosine, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Robert E. Lutes and Louise Walsh Poirier, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John R. Power, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

Il n'est pas fait mention du gouverneur en conseil à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la question de savoir si la nomination doit être faite par le gouverneur en conseil ne se pose donc pas.

b) Si la réponse donnée à a) est négative, le juge d'une cour provinciale peut-il être nommé juge du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil?

Réponse: Oui.

Version française des motifs des juges Wilson et McLachlin rendus par

LE JUGE WILSON — Pour les motifs que j'ai exposés dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, entendu en même temps que celui-ci, je suis d'accord avec la manière dont le juge en chef Lamer propose de trancher ce pourvoi.

Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que le fait le juge en chef Lamer.

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

LE JUGE LA FOREST — Pour les motifs énoncés dans le pourvoi connexe *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, je trancherais le présent pourvoi de la façon proposée par le juge en chef Lamer.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appellant: Chandra Gosine, Halifax.*

*Procureurs de l'intimée: Robert E. Lutes et Louise Walsh Poirier, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John R. Power, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Deputy Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le sous-procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: The Deputy Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Le sous-procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

**Alexander J. Reddick** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. REDDICK

File No.: 21625.

1990: December 19; 1991: February 14.

Present: Sopinka J.

MOTION FOR AN ORDER OF REVERSAL OF JUDGMENT

*Criminal law — Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Accused granted leave to appeal to Supreme Court of Canada — Crown consenting to reversal of judgment to the extent that a new trial be ordered — Whether s. 70 of Supreme Court Act applies to criminal appeal — Whether consent order can be forced on unwilling appellant — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.*

#### Cases Cited

Referred to: *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480.

#### Statutes and Regulations Cited

*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

MOTION for an order of reversal of judgment. Motion dismissed.

*Henry S. Brown*, for the appellant.

*Stephen Grace*, for the respondent.

The following are the reasons for the Order delivered by

SOPINKA J.—This is an application by the Crown for an order of reversal of judgment pursuant to s. 70 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. The

**Alexander J. Reddick** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. REDDICK

N<sup>o</sup> du greffe: 21625.

<sup>b</sup>

1990: 19 décembre; 1991: 14 février.

Présent: Le juge Sopinka.

<sup>c</sup> REQUÊTE VISANT L'OBTENTION D'UNE ORDONNANCE DE CASSATION DE JUGEMENT

*Droit criminel — Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation du jugement — L'accusé a été autorisé à se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — Le ministère public a consenti à la cassation du jugement pourvu qu'un nouveau procès soit ordonné — L'article 70 de la Loi sur la Cour suprême s'applique-t-il à un appel en matière criminelle? — Une ordonnance de consentement peut-elle être imposée à un appellant réticent? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.*

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480.

#### Lois et règlements cités

<sup>g</sup> *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

REQUÊTE visant l'obtention d'une ordonnance de cassation de jugement. Requête rejetée.

<sup>h</sup>

*Henry S. Brown*, pour l'appellant.

*Stephen Grace*, pour l'intimée.

<sup>i</sup>

Version française des motifs de l'ordonnance rendus par

<sup>j</sup> LE JUGE SOPINKA—Il s'agit d'une requête du ministère public en vue d'obtenir une ordonnance de cassation de jugement conformément à l'art. 70 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Le ministère public a produit un consentement à une

Crown has filed a consent to a “reversal of the Judgment, to the extent that a new trial be ordered”.

### The Facts

The appellant was charged with eight counts relating to various offences under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (then R.S.C. 1970, c. C-34) and was convicted at trial on all counts except three and eight. The Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal in part and directed an acquittal on count one and a new trial on counts six and seven. The appellant applied for leave to appeal to this Court with respect to counts two, four and five on several grounds. Leave was granted on the following ground only:

That, subsequent to the date of the trial of this matter in the Nova Scotia Supreme Court and the date of the appeal of this matter before the Nova Scotia Court of Appeal, new evidence has surfaced of such a nature that, had it been known at trial, it would have affected the result of the trial.

### Section 70

A question arises at the threshold of this application as to whether, in view of the detailed provisions of the *Code* relating to the right to appeal to this Court and the powers of this Court on a criminal appeal, s. 70 applies to this proceeding. I have considered the submissions of counsel and conclude that the provisions of the *Supreme Court Act* apply to a criminal appeal unless excluded by the language of the *Code* or by the terms employed in our Act. This is the reason, for example, that it was necessary to enact s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. See *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368.

The next question is whether the section can be used to force a consent order on an unwilling appellant. Strange as it may seem at first blush, the appellant resists the application to order a new trial. In my opinion, the section does not require the consent of the appellant but rather contemplates a situation in

[TRADUCTION] «cassation du jugement pourvu qu’un nouveau procès soit ordonné».

### Les faits

Huit chefs d’accusation de diverses infractions au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (alors S.R.C. 1970, ch. C-34) ont été portés contre l’appelant qui a été déclaré coupable, au procès, relativement à tous les chefs sauf les troisième et huitième. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l’appel en partie et a ordonné un verdict d’acquiescement relativement au premier chef et un nouveau procès quant aux sixième et septième chefs. L’appelant a demandé l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour relativement aux deuxième, quatrième et cinquième chefs, en invoquant plusieurs moyens. L’autorisation n’a été accordée que pour le motif suivant:

[TRADUCTION] Que, depuis la date du procès relatif à cette affaire devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et la date de l’appel interjeté devant la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, de nouveaux éléments de preuve sont apparus, qui, en raison de leur nature, s’ils avaient été connus au procès, auraient influé sur l’issue dudit procès.

### Article 70

Une question préliminaire se pose en l’espèce quant à savoir si, compte tenu des dispositions détaillées du *Code* concernant le droit d’appel à notre Cour et les pouvoirs que possède notre Cour relativement à un appel en matière criminelle, l’art. 70 s’applique à cet acte de procédure. Après avoir examiné les arguments des avocats, je conclus que les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* s’appliquent à un appel en matière criminelle à moins que cela ne soit exclu par le texte du *Code* ou par les termes employés dans notre Loi. C’est la raison pour laquelle, par exemple, il a été nécessaire d’adopter le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. Voir l’arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368.

Il s’agit ensuite de déterminer si l’article peut servir à imposer une ordonnance de consentement à un appelant réticent. Aussi étrange que cela puisse paraître à prime abord, l’appelant s’oppose à la requête visant à faire ordonner la tenue d’un nouveau procès. À mon avis, l’article n’exige pas le consente-

which the respondent consents to a disposition that gives the appellant all the relief that would be available if complete success were achieved on the appeal.

### Disposition

In this appeal, if the appellant were completely successful, the convictions on counts two, four and five would be quashed and the appellant acquitted. In *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, McIntyre J. dealt with the powers of a court of appeal in connection with an application to adduce fresh evidence. At page 488 he stated: "I also agree that a new trial will not be required in every case, for there will be cases where the new evidence may be so conclusive that the Court of Appeal can determine the proceedings on its own."

Whatever the chances are in this case that this will be the outcome for the appellant, he cannot be deprived of them by a unilateral consent to judgment by the respondent. The application is therefore dismissed.

*Motion dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

ment de l'appellant, mais envisage plutôt une situation où l'intimé consent à une décision accordant à l'appellant tout le redressement qui serait disponible s'il avait complètement gain de cause en appel.

### Dispositif

En l'espèce, si l'appellant avait complètement gain de cause, les déclarations de culpabilité relatives aux deuxième, quatrième et cinquième chefs seraient annulées et l'appellant serait acquitté. Dans l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, le juge McIntyre a examiné les pouvoirs d'une cour d'appel face à une requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux. À la page 488, il affirme: «Je conviens aussi qu'un nouveau procès n'est pas toujours nécessaire car il y a des cas où les nouveaux éléments de preuve peuvent être à ce point concluants que la Cour d'appel peut elle-même statuer sur l'affaire.»

Quelles que soient les chances en l'espèce que tel sera le résultat que connaîtra l'appellant, il ne saurait être privé de ces chances par un consentement unilatéral de l'intimée au jugement. La requête est donc rejetée.

*Requête rejetée.*

*Procureurs de l'appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 1991 Vol. 1**

**3<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 1**

Cited as [1991] 1 S.C.R. 301-539

Renvoi [1991] 1 R.C.S. 301-539

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services  
GISELE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

---

## CONTENTS

### **Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village) .... 326**

Municipal law — Loan by-laws — Insufficiency of public notices convening electors — Direct action in nullity — Disputed by-laws in effect for over five years — Whether Superior Court had discretion to dismiss action for lateness — If so, whether court validly exercised its jurisdiction — Municipal Code, arts. 684a, 758 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 33.

Civil procedure — Direct action in nullity — Disputed municipal by-laws in effect for over five years — Time within which remedy available — Discretionary nature of remedy — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 33.

### **R. v. Barnes ..... 449**

Criminal law — Defences — Entrapment — Drug-trafficking — "Buy-and-bust" program in area of city with trafficking problem — Accused in this area — Undercover police officer approached accused on hunch that he would have drugs — Whether entrapment through random virtue-testing.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISELE BOULAY

Adjoints à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

---

## SOMMAIRE

### **Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village) .... 326**

Droit municipal — Règlements d'emprunt — Insuffisance des avis publics de convocation des électeurs — Action directe en nullité — Règlements contestés en vigueur depuis plus de cinq ans — La Cour supérieure avait-elle discrétion pour rejeter l'action pour motif de tardiveté? — Dans l'affirmative, la cour a-t-elle valablement exercé sa discrétion? — Code municipal, art. 684a, 758 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33.

Procédure civile — Action directe en nullité — Règlements municipaux contestés en vigueur depuis plus de cinq ans — Délai d'exercice du recours — Nature discrétionnaire du recours — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33.

### **R. c. Barnes ..... 449**

Droit criminel — Défenses — Provocation policière — Trafic de drogues — Programme "achat bidon" dans un secteur urbain connu comme lieu de trafic de drogues — L'accusé se trouvait dans ce secteur — Une policière en civil a abordé l'accusé.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Courts — Appeal — Jurisdiction — Crown appealing finding of entrapment which resulted in stay but not findings of guilt — Appeal allowed by Court of Appeal and new trial ordered — This Court finding conditions for entrapment not met — Crown asking for convictions to be entered in place of order for new trial — Whether this Court has jurisdiction to replace order for new trial with convictions — Criminal Code, R.S.C., 1985, ss. 686(4)(b)(ii), 695(1).

### **R. v. Douglas..... 301**

Criminal law — Indictment — Adequacy — Conspiracy — Accused charged with conspiracy to import cocaine — Evidence led of three separate conspiracies — Two falling within same time period set out in indictment — Locations of conspiracy involving accused properly identified — No evidence led to prove accused involved in other conspiracies — Whether indictment adequate — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 510, 512, 516.

### **R. v. Sherratt..... 509**

Trial — Juries — Challenge for cause — Pre-trial publicity — Accused seeking to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality — Judge not permitting questions to be put to all prospective jurors — Whether accused properly denied right to challenge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 554, 562, 567.

Criminal law — Juries — Challenge for cause — Pre-trial publicity — Accused seeking to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality — Judge not permitting questions to be put to all prospective jurors — Whether accused properly denied right to challenge.

### **R. v. Sullivan ..... 489**

Criminal law — Criminal negligence causing death and criminal negligence causing bodily harm — Child dying in birth canal during delivery by midwives — Conviction on charge of criminal negligence causing death but acquittal on charge of criminal negligence causing bodily harm — Acquittal not appealed by Crown — Conviction on charge of criminal negligence causing death appealed — Court of Appeal substituting conviction on charge of criminal negligence causing bodily harm — Whether Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 198, 202, 203, 204, 206, 613.

Courts — Appeal — Jurisdiction — Child dying in birth canal during delivery by midwives — Conviction on charge of criminal negligence causing death but acquittal on charge of criminal negligence causing bodily harm — Acquittal not appealed by Crown — Conviction on charge of criminal negligence causing death appealed — Court of Appeal substituting conviction on charge of criminal negligence causing bodily harm

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

cusé parce qu'elle avait l'intuition qu'il avait de la drogue en sa possession — Y a-t-il eu provocation policière dans le cadre d'une opération visant à éprouver au hasard la vertu des gens?

Tribunaux — Pourvoi — Compétence — Appel du ministère public de la conclusion qu'il y a eu provocation policière donnant lieu à un arrêt des procédures mais non des déclarations de culpabilité — Appel accueilli par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné — Notre Cour conclut que les conditions de la provocation policière ne sont pas présentes — Le ministère public demande l'inscription de déclarations de culpabilité à la place de l'ordonnance de nouveau procès — Notre Cour a-t-elle compétence pour remplacer l'ordonnance de nouveau procès par des déclarations de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), art. 686(4)(b)(ii), 695(1).

### **R. c. Douglas..... 301**

Droit criminel — Acte d'accusation — Caractère suffisant — Complot — Accusations de complot en vue d'importer de la cocaïne — Preuve de trois complots distincts, dont deux au cours de la période visée dans l'acte d'accusation — Lieux du complot imputé aux accusés adéquatement identifiés — Aucune preuve n'établissant la participation des accusés aux autres complots — L'acte d'accusation est-il suffisant? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 510, 512, 516.

### **R. c. Sherratt..... 509**

Procès — Jurys — Récusation motivée — Publicité antérieure au procès — L'accusé a cherché à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité — Le juge n'a pas permis que des questions soient posées à tous les candidats jurés — Est-ce à bon droit que l'accusé a été privé du droit de récuser? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 554, 562, 567.

Droit criminel — Jurys — Récusation motivée — Publicité antérieure au procès — L'accusé a cherché à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité — Le juge n'a pas permis que des questions soient posées à tous les candidats jurés — Est-ce à bon droit que l'accusé a été privé du droit de récuser?

### **R. c. Sullivan ..... 489**

Droit criminel — Négligence criminelle causant la mort et négligence criminelle causant des lésions corporelles — Un enfant meurt dans la filière génitale pendant un accouchement fait par des sages-femmes — Déclaration de culpabilité sur l'accusation de négligence criminelle causant la mort mais acquittement sur l'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles — Aucun appel du ministère public contre l'acquittement — Appel de la déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant la mort — La Cour d'appel substitue à ce verdict une déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant des lésions corporelles — La Cour d'appel avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2, 198, 202, 203, 204, 206, 613.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

— Whether Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction.

### **Roberge v. Bolduc**..... 374

Appeal — Jurisdiction of Supreme Court of Canada — Court of Appeal refusing leave to appeal Superior Court judgment — Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1).

Civil responsibility — Professional liability — Notaries — Title searches — Incidence of res judicata in the context of title searches — Buyers not purchasing property following notary's opinion that defect in title not cured by subsequent judgment — Notary acting in accordance with common notarial practice — Whether notary failed to properly assess effect of judgment on vendor's title — If so, whether error of law constitutes a fault entailing notary's liability — Distinction between common professional practice and fault — Civil Code of Lower Canada, art. 1241.

Judgments and orders — Res judicata — Conditions — Incidence of res judicata in the context of title searches — Judgment rendered by default on action in giving in payment — Civil Code of Lower Canada, art. 1241.

Evidence — Expert evidence — Professional liability — Role of expert testimony.

Costs — Costs on solicitor and client basis — Leave to appeal to Supreme Court of Canada granted on condition that appellant notary assume costs of appeal — Respondents requesting costs on solicitor and client basis in factum and at hearing — Decision important to notarial profession only — Costs awarded on solicitor and client basis — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 47.

## SOMMAIRE (Fin)

Tribunaux — Appel — Compétence — Un enfant meurt dans la filière génitale pendant un accouchement fait par des sages-femmes — Déclaration de culpabilité sur l'accusation de négligence criminelle causant la mort mais acquittement sur l'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles — Aucun appel du ministère public contre l'acquiescement — Appel de la déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant la mort — La Cour d'appel substitue à ce verdict une déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant des lésions corporelles — La Cour d'appel avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité?

### **Roberge c. Bolduc**..... 374

Appel — Compétence de la Cour suprême du Canada — Cour d'appel refusant l'autorisation d'en appeler d'un jugement de la Cour supérieure — L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1).

Responsabilité civile — Responsabilité professionnelle — Notaires — Examen des titres — Incidence de la chose jugée dans le cadre de l'examen des titres — Refus des acquéreurs d'acheter un immeuble vu l'opinion du notaire qu'un vice de titre n'a pas été corrigé par un jugement subséquent — Conduite du notaire conforme à la pratique notariale courante — Le notaire a-t-il mal évalué l'effet du jugement sur le titre du vendeur? — Si oui, l'erreur de droit constitue-t-elle une faute qui entraîne la responsabilité du notaire? — Distinction entre la pratique professionnelle courante et la faute — Code civil du Bas-Canada, art. 1241.

Jugements et ordonnances — Chose jugée — Conditions — Incidence de la chose jugée dans le cadre de l'examen des titres — Jugement rendu par défaut sur une action en datation en paiement — Code civil du Bas-Canada, art. 1241.

Preuve — Preuve d'expert — Responsabilité professionnelle — Rôle du témoignage d'expert.

Dépens — Dépens calculés sur la base avocat-client — Autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada accordée à la condition que le notaire appelant assume les dépens du pourvoi — Demande de dépens comme entre avocat et client présentée par les intimés dans leur mémoire et à l'audition — Décision importante pour la profession notariale seulement — Dépens accordés comme entre avocat et client — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 47.



**Darryl Anthony Douglas and Robert James  
Douris** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DOUGLAS

File No.: 21662.

1990: October 12; 1991: February 28.

Present: Wilson, Sopinka, Cory, McLachlin and  
Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Indictment — Adequacy — Conspiracy — Accused charged with conspiracy to import cocaine — Evidence led of three separate conspiracies — Two falling within same time period set out in indictment — Locations of conspiracy involving accused properly identified — No evidence led to prove accused involved in other conspiracies — Whether indictment adequate — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 510, 512, 516.*

The appellants were charged with conspiracy to traffic in cocaine. The indictment stated that the appellants had conspired with each other and with two named individuals and an unnamed person and that the conspiracy occurred between December 5, 1983 and February 19, 1984, in Montreal, Sarnia and Kitchener. One of the named individuals had agreed to supply an American undercover police officer at a place in Michigan with cocaine obtained from a supplier in Florida. When this transaction (Phase I) fell through in January 1984, this individual informed the undercover officer that the two appellants could arrange the delivery of the cocaine and set up a meeting in Sarnia for the four of them where a new deal (Phase II) was struck for the delivery of cocaine to Michigan. The undercover officer accepted appellants' offer the next day but this deal died around February 4, 1984. The named individual, who had set up the meeting, had a partner in Kitchener (the other named individual) who had been very much involved in the organization of the deal. The key locations for the Phase II conspiracy were Kitchener and Sarnia. Several months later arrangements were made between the

**Darryl Anthony Douglas et Robert James  
Douris** *Appelants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DOUGLAS

N<sup>o</sup> du greffe: 21662.

1990: 12 octobre; 1991: 28 février.

Présents: Les juges Wilson, Sopinka, Cory, McLachlin  
et Stevenson.

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

*Droit criminel — Acte d'accusation — Caractère suffisant — Complot — Accusations de complot en vue d'importer de la cocaïne — Preuve de trois complots distincts, dont deux au cours de la période visée dans l'acte d'accusation — Lieux du complot imputé aux accusés adéquatement identifiés — Aucune preuve n'établissant la participation des accusés aux autres complots — L'acte d'accusation est-il suffisant? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 510, 512, 516.*

Les appelants ont été accusés de complot de trafic de cocaïne. L'acte d'accusation portait qu'ils avaient comploté ensemble et avec deux individus nommés et une personne inconnue, et que ce complot avait eu lieu entre le 5 décembre 1983 et le 19 février 1984 à Montréal, à Sarnia et à Kitchener. Un des individus nommés avait convenu de fournir à un policier américain, agissant comme agent d'infiltration, à un endroit situé dans le Michigan, de la cocaïne obtenue d'un fournisseur de Floride. Quand cette opération (la première phase) a échoué en janvier 1984, cet individu a informé l'agent d'infiltration que les deux appelants pouvaient assurer la livraison de la cocaïne et a fixé un rendez-vous pour les quatre à Sarnia, au cours duquel un nouveau marché (la deuxième phase) a été conclu pour la livraison de cocaïne au Michigan. L'agent d'infiltration a accepté l'offre des appelants le lendemain, mais ce marché a été abandonné vers le 4 février 1984. L'individu nommé, qui avait organisé la rencontre, avait un associé à Kitchener (l'autre individu nommé) qui avait joué un rôle important dans la conclusion du marché. Les lieux importants du complot de la deuxième phase sont Sarnia et Kitchener. Plusieurs mois plus tard, une entente est intervenue entre l'agent d'infiltration et ces deux indivi-

undercover officer and these two individuals (Phase III); appellants were not involved in this third deal.

At issue on this appeal is the adequacy of the indictment. It indicated the time of the conspiracy, which overlapped with the period of Phase I, and Kitchener and Sarnia where the discussions occurred and where the key agreement was struck. The first trial judge dismissed the case on the ground that no conspiracy had been committed in Canada. The Court of Appeal allowed an appeal from that decision and ordered a new trial. The second trial judge convicted the appellants of the main conspiracy and held that the case would stand even if there were separate conspiracies. A majority of the Court of Appeal held the conspiracy charged was the one proven at trial even though evidence had been adduced of a second conspiracy and accordingly dismissed the appeal. It was argued before this Court that both the indictment and the testimony given at trial referred to at least two separate and distinct conspiracies and that the appellants, although parties to one conspiracy, were never parties to the conspiracy actually charged and should, therefore, be acquitted.

*Held:* The appeal should be dismissed.

An indictment is adequate if it contains sufficient details to give the accused reasonable information with respect to the charge and to enable the accused to identify the transaction so as to permit the adequate preparation of the defence. Whether an indictment is sufficient will depend on the offence charged and the facts of the case. Time is not required to be stated with exact precision unless it is an essential part of the offence charged and the accused is not misled or prejudiced by any variation in time that arises. A charge generally is established if the evidence discloses the commission of the offence within the time period set out in the indictment.

The essence of the offence of conspiracy is the agreement to perform an illegal act. The overt acts taken to carry out that agreement are simply elements going to prove the agreement which is the essential ingredient of the offence.

A conspiracy (Phase II) was proven here: appellants agreed to sell cocaine to the undercover police officer. The evidence also established the Phase I conspiracy. It was not important whether the Phase III transaction is a separate event or merely a continuation of the Phase I conspiracy.

us (la troisième phase). Les appelants n'ont pas participé à ce troisième marché.

Est soulevée par le pourvoi la question du caractère suffisant de l'acte d'accusation. Celui-ci mentionnait la période du complot, qui englobait la période de la première phase, ainsi que Sarnia et Kitchener, où les discussions ont eu lieu et où le marché en cause a été conclu. Le juge du premier procès a rejeté l'action au motif qu'il n'y avait pas eu de complot au Canada. La Cour d'appel a accueilli un appel de cette décision et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge du second procès a déclaré les appelants coupables relativement au complot principal et a dit que la conclusion serait identique même dans l'hypothèse de complots distincts. À la majorité, la Cour d'appel a conclu que le complot imputé était celui qui avait été prouvé au procès, bien que la preuve produite ait montré l'existence d'un autre complot. L'appel a donc été rejeté. On a fait valoir devant notre Cour qu'au moins deux complots distincts sont mentionnés dans l'acte d'accusation et dans les témoignages au procès et que les appelants, quoiqu'ils aient participé à l'un des complots, n'ont jamais pris part au complot qui leur était imputé, de sorte qu'ils devraient être acquittés.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Un acte d'accusation est adéquat s'il contient des détails suffisants pour renseigner raisonnablement l'accusé sur l'accusation et pour identifier l'affaire mentionnée, de sorte qu'il est en mesure de bien préparer sa défense. La question de savoir si l'acte d'accusation est suffisant dépend des faits de l'espèce et de la nature de l'accusation. Il n'est pas nécessaire de préciser le moment exact à moins qu'il ne constitue un élément essentiel de l'infraction imputée et que l'inexactitude du moment indiqué n'induisse l'accusé en erreur ou ne lui porte préjudice. D'une manière générale, la preuve de l'infraction est faite s'il est établi qu'elle a été commise durant la période indiquée dans l'acte d'accusation.

Essentiellement, l'infraction de complot est une entente en vue d'accomplir un acte illicite. Les actes manifestes accomplis pour l'exécution de l'entente sont simplement des éléments servant à prouver l'existence de cette entente, qui est l'élément essentiel de l'infraction.

Un complot (deuxième phase) a été prouvé en l'espèce: les appelants ont convenu de vendre de la cocaïne à l'agent d'infiltration. La preuve a aussi été faite du complot de la première phase. Il importe peu que l'opération de la troisième phase soit un fait distinct ou une simple continuation du complot de la première phase.

The Crown proved the offence as charged. Although the Phase II conspiracy may actually have started some time after the first date in the indictment, no prejudice was occasioned by reference to the earlier date. More importantly, the indictment specified the cities which pertained exclusively to the Phase II conspiracy and so clearly indicated that the Phase II conspiracy was the sole subject of the indictment. Reasonable notice of the offence charged was therefore given. Significantly, only the appellants were charged in the indictment. The words "and elsewhere in the Province of Ontario" were superfluous and are common to almost all indictments of conspiracy that take place in the Province of Ontario.

Since the sole issue was whether the prosecution proved the conspiracy alleged, the fact that the evidence established more than one conspiracy was not necessarily fatal to the prosecution. Whether any or all of the conspiracies proven were covered by the indictment depends on the construction of the charge. The proof of the Phase I conspiracy and the Phase III conspiracy were not essential to the proof of the conspiracy involving appellants. They were, however, important in the narrative of events.

If the conspiracy proven includes fewer members than the number of accused or extends over only part of the period alleged, then the conspiracy proven can still be said to be the same conspiracy as that charged in the indictment. In order to find that a specific conspiracy lies within the scope of the indictment, it is sufficient if the evidence adduced demonstrates that the conspiracy proven included some of the accused, establishes that it occurred at some time within the time frame alleged in the indictment, and had as its object the type of crime alleged.

The opening address is to be taken into account in construing the indictment. Where the Crown stated the essence of the conspiracy relied on at the first trial and omitted at the second trial to make any such statement, whether consistent or inconsistent with that given at the first trial, the Crown is bound by the position it had taken in its opening at the first trial.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8; *R. v. Wis Development Corp.*, [1984] 1 S.C.R. 485; *R. v. Ryan* (1985), 23 C.C.C. (3d) 1; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *Container Materials Ltd. v. The*

Le ministère public a prouvé l'infraction imputée. Bien que le complot de la deuxième phase ait pu commencer après la première date mentionnée dans l'acte d'accusation, la mention de la date antérieure n'a causé aucun préjudice. Fait plus important, l'acte d'accusation ne mentionne que les villes qui ont un rapport avec la deuxième phase du complot, ce qui indique clairement qu'il ne vise que la deuxième phase du complot. Une notification raisonnable de l'infraction imputée a donc été faite. Fait révélateur, seuls les appelants ont été inculpés dans l'acte d'accusation. Les mots «et ailleurs dans la province d'Ontario» sont superflus et sont d'usage courant dans presque tous les actes d'accusation en matière de complot dans la province d'Ontario.

Comme la seule question à trancher est de savoir si la poursuite a prouvé le complot imputé, le fait que la preuve montre l'existence de plus d'un complot n'annihile pas nécessairement la thèse de la poursuite. La question de savoir si tous les complots établis en preuve ou certains d'entre eux étaient contenus dans l'acte d'accusation dépend de l'interprétation de l'accusation. La preuve du complot de la première phase et de celui de la troisième phase n'était pas essentielle à la preuve du complot reproché aux appelants. Elle était néanmoins un élément important de la relation des faits.

Si le complot dont la preuve est faite met en cause un nombre de personnes inférieur au nombre des accusés ou ne s'est produit que durant une partie seulement de la période indiquée, dans ce cas le complot prouvé peut tout de même être assimilé à celui imputé dans l'acte d'accusation. Pour conclure qu'un complot donné est visé par l'acte d'accusation, il suffit que la preuve produite démontre que le complot prouvé met en cause certains des accusés; qu'il a eu lieu au cours de la période indiquée dans l'acte d'accusation; et que son objet était le type d'infraction imputé.

Il faut tenir compte de l'exposé introductif dans l'interprétation de l'acte d'accusation. Lorsque le ministère public a exposé au cours du premier procès en quoi consistait essentiellement le complot reproché et a omis, lors du second procès, de faire une déclaration de cette nature, compatible ou non avec celle faite au cours du premier procès, le ministère public est lié par la position qu'il a exposée au début du premier procès.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8; *R. c. Wis Development Corp.*, [1984] 1 R.C.S. 485; *R. v. Ryan* (1985), 23 C.C.C. (3d) 1; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *Container Materials Ltd. v.*

*King*, [1942] S.C.R. 147; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1980), 53 C.C.C. (2d) 1, aff'd (1981), 62 C.C.C. (2d) 118 (Ont. C.A.); *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Cotroni*, [1979] 2 S.C.R. 256; *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (Ont. C.A.), aff'd *sub nom. R. v. Ackworth*, [1987] 2 S.C.R. 291.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 510, 512, 516(1)(g).

### Authors Cited

Groberman, Harvey. "The Multiple Conspiracies Problem in Canada" (1982), 40 *U.T. Fac. L. Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 51 C.C.C. (3d) 129, 72 C.R. (3d) 309, dismissing an appeal from conviction by Scott Dist. Ct. J. Appeal dismissed.

*Michael Code*, for the appellant Darryl Anthony Douglas.

*Clayton Ruby*, for the appellant Robert James Douris.

*Robert W. Hubbard* and *L. R. A. Ackertl*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—At issue on this appeal is the adequacy of an indictment charging the appellants with conspiring to traffic in cocaine. It is argued that both the indictment and the testimony given at trial referred to at least two separate and distinct conspiracies. The appellants contend that, although they were parties to one conspiracy, they were never parties to the conspiracy that was actually charged and should, therefore, be acquitted.

### The Facts

The indictment against the appellants reads as follows:

*The King*, [1942] R.C.S. 147; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1980), 53 C.C.C. (2d) 1, conf. (1981), 62 C.C.C. (2d) 118 (C.A. Ont.); *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Cotroni*, [1979] 2 R.C.S. 256; *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (C.A. Ont.), conf. *sub nom. R. c. Ackworth*, [1987] 2 R.C.S. 291.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 510, 512, 516(1)g).

### Doctrine citée

Groberman, Harvey. «The Multiple Conspiracies Problem in Canada» (1982), 40 *U.T. Fac. L. Rev.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 51 C.C.C. (3d) 129, 72 C.R. (3d) 309, qui a rejeté un appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scott de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

*Michael Code*, pour l'appellant Darryl Anthony Douglas.

*Clayton Ruby*, pour l'appellant Robert James Douris.

*Robert W. Hubbard* et *L. R. A. Ackertl*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—La question en litige dans ce pourvoi est le caractère approprié d'un acte d'accusation par lequel les appelants sont accusés de complot de trafic de cocaïne. On prétend que l'acte d'accusation et les témoignages entendus au procès faisaient état d'au moins deux complots distincts. Les appelants soutiennent que, bien qu'ils aient participé à un complot, ils n'ont jamais participé au complot dont ils ont été accusés et que, par conséquent, ils devraient être acquittés.

### Les faits

L'acte d'accusation par lequel les appelants ont été inculpés est ainsi conçu:

Between the 5th day of December, 1983 and the 19th day of February, 1984, in the City of Kitchener, in the Judicial District of Waterloo; in the City of Sarnia, in the County of Lambton; and elsewhere in the Province of Ontario; and in the City of Montreal, in the Province of Quebec; they did unlawfully conspire and agree the one with the other or others of them, and with Brent Howard Harding and Douglas Patrick Reidt, and with a person or persons unknown, to commit an indictable offence, to wit: traffic in a narcotic, to wit: cocaine, contrary to Section 4(1) of the Narcotic Control Act, thereby committing an indictable offence, contrary to Section 423(1)(d) of the Criminal Code of Canada.

There have been two trials on the indictment. The evidence called by the Crown in both trials was virtually the same. In neither case was evidence called by the defence. The principal Crown witness was Sgt. Myny, a police officer from Michigan.

#### *Phase I*

Sgt. Myny's testimony revealed that he arrested one "Sue Ellen" on a cocaine trafficking charge in December of 1983. In exchange for a promise of lenient treatment, Sue Ellen agreed to introduce Myny to other cocaine dealers. Pursuant to her undertaking, she arranged to have Sgt. Myny meet a person named Brent Harding at a restaurant in Windsor, Ontario, on December 14, 1983. Harding was then residing in Kitchener. According to Sue Ellen, he imported cocaine from Venezuela and Colombia. Sue Ellen had acted as a "mule" and carried the cocaine into Michigan to Harding who would then smuggle it into Canada.

During the meeting of December 14, Sgt. Myny, Harding and Sue Ellen discussed the possibility of Harding's arranging for Myny to purchase cocaine. Two suppliers were discussed, one Florida supplier named Williams and a "West Palm Beach" supplier. It was agreed that Harding would purchase one kilo from the West Palm Beach supplier for \$40,000 and then charge Myny \$5,000 for acting as the go-between. At the same meeting, Harding advised that he had a partner who was later identified as Douglas Reidt. The appellants Douglas and Douris were not mentioned during this meeting, they were not

[TRANSDUCTION] Entre le 5 décembre 1983 et le 19 février 1984, dans la ville de Kitchener, district judiciaire de Waterloo; dans la ville de Sarnia, comté de Lambton; et ailleurs dans la province d'Ontario; et dans la ville de Montréal, province de Québec; ils ont comploté illégalement et se sont entendus ensemble et avec Brent Howard Harding et Douglas Patrick Reidt et avec une personne ou des personnes inconnues, pour commettre un acte criminel, savoir: le trafic d'un stupéfiant, savoir de la cocaïne, en contravention du paragraphe 4(1) de la Loi sur les stupéfiants, commettant ainsi un acte criminel prévu à l'alinéa 423(1)d) du Code criminel du Canada.

L'acte d'accusation a donné lieu à deux procès. Le ministère public a fait entendre pratiquement les mêmes témoins au deux procès. La défense n'a cité aucun témoin dans l'un et l'autre cas. Le principal témoin à charge était le sergent Myny, agent de police du Michigan.

#### *Première phase*

Dans son témoignage, le sergent Myny a révélé qu'en décembre 1983, il avait arrêté une nommée «Sue Ellen» sous l'inculpation de trafic de cocaïne. En échange d'une promesse de clémence, Sue Ellen a accepté de présenter Myny à d'autres trafiquants de cocaïne. Fidèle à son engagement, elle a organisé une rencontre entre le sergent Myny et un nommé Brent Harding, dans un restaurant de Windsor, en Ontario, le 14 décembre 1983. Harding habitait alors Kitchener. D'après Sue Ellen, celui-ci importait de la cocaïne du Venezuela et de la Colombie. Elle avait été le courrier de Harding; elle avait transporté de la cocaïne au Michigan pour la remettre à Harding qui la faisait ensuite passer en contrebande au Canada.

Durant la rencontre du 14 décembre, le sergent Myny, Harding et Sue Ellen ont discuté de la possibilité que Harding fasse des démarches pour permettre à Myny d'acheter de la cocaïne. Il fut question de deux fournisseurs, l'un en Floride, Williams, et l'autre à «West Palm Beach». Il a été convenu que Harding achèterait un kilo au fournisseur de West Palm Beach, pour 40 000 \$, et que Myny verserait 5 000 \$ à Harding pour ses services. Lors de la même rencontre, Harding a indiqué qu'il avait un associé, Douglas Reidt, dont l'identité serait établie plus tard. Les noms des appelants Douglas et Douris n'ont pas



involved in this initial agreement and they were not connected in any way with the Florida suppliers.

It was agreed that the cocaine would be delivered in Michigan and paid for in American dollars. Two days later, on December 16, Harding informed Myny that the deal would now cost \$50,000, that Harding's partner, Reidt, would make the arrangements and that it would take a couple of days to obtain the cocaine. The arrangement was that Harding would contact Reidt who would in turn go to the source. Harding and Myny arranged to meet with Reidt in London, Ontario, on December 20. On that day, Harding arrived without Reidt and refused to complete the transaction. He gave as an excuse that he did not know Myny well enough and suspected that he might be a police officer.

On December 22, Sue Ellen advised Myny that Harding was ready to complete the deal. She said that they had been testing him at the December 20 meeting. Further negotiations led to the final agreement that Myny would purchase two kilos of cocaine for \$100,000 U.S. A meeting was arranged for January 6 in Port Huron, Michigan, to finalize the details. The transaction itself was to be completed on January 8. It was agreed that Myny would show his money to Harding and Reidt at the meeting, who would then telephone the Florida supplier. The supplier, in turn, would then travel to Michigan and deliver the drugs to Myny. The proposed January 6 meeting was delayed because Harding was having problems getting in touch with the supplier. On January 9, Harding informed Myny that the supplier had refused to make delivery in Michigan. Myny stated that he was unwilling to go down to West Palm Beach to take the delivery. As a result, the deal was frustrated and came to an end on January 9, 1984.

## *Phase II*

Harding phoned Myny again on January 12, 1984. This time he informed Myny that he had a "new player". Arrangements were made to meet in Sarnia on January 14. On that date, Harding introduced Myny to the two appellants in a Sarnia tavern. The

été mentionnés au cours de cette rencontre, ils n'ont pas participé à cette première entente et ils n'ont eu aucun lien avec les fournisseurs de la Floride.

Il fut entendu que la cocaïne serait livrée au Michigan et payée en monnaie américaine. Deux jours plus tard, soit le 16 décembre, Harding a informé Myny que le prix avait été porté à 50 000 \$, que l'associé de Harding, Reidt, ferait les démarches et qu'il faudrait deux jours pour obtenir la cocaïne. Il fut convenu que Harding entrerait en communication avec Reidt, qui à son tour prendrait contact avec la source. Harding et Myny avaient convenus de rencontrer Reidt à London (Ontario) le 20 décembre. Ce jour-là, Harding s'est présenté sans Reidt et a refusé de conclure la transaction. Son excuse était qu'il ne connaissait pas assez Myny et le soupçonnait d'être un agent de police.

Le 22 décembre, Sue Ellen a informé Myny que Harding était prêt à conclure le marché. Elle a dit qu'ils l'avaient mis à l'épreuve lors de la rencontre du 20 décembre. Par suite de nouvelles négociations, il avait finalement été entendu que Myny achèterait deux kilos de cocaïne au prix de 100 000 \$ US et qu'il y aurait une rencontre le 6 janvier, à Port Huron, au Michigan, afin de mettre au point les derniers détails. L'opération devait avoir lieu le 8 janvier. Il était entendu que Myny montrerait son argent à Harding et à Reidt au moment de la rencontre et que ces derniers téléphoneraient au fournisseur de Floride. Celui-ci se rendrait ensuite au Michigan et livrerait les drogues à Myny. La rencontre du 6 janvier a été remise parce que Harding avait de la difficulté à entrer en contact avec le fournisseur. Le 9 janvier, Harding a informé Myny que le fournisseur refusait de faire la livraison au Michigan. Myny a indiqué qu'il ne voulait pas se rendre à West Palm Beach pour prendre livraison de la marchandise. Le marché ne tenait donc plus et l'affaire prit fin le 9 janvier 1984.

## *i Deuxième phase*

Harding a téléphoné de nouveau à Myny le 12 janvier 1984. Cette fois, il lui a dit que [TRADUCTION] «quelqu'un d'autre était intéressé». Une rencontre fut organisée, à Sarnia, le 14 janvier. Ce jour-là, Harding a présenté les deux appellants à Myny, dans une

wiretap evidence reveals that Harding phoned Reidt several times between January 9 and January 12. On January 12, Harding asked Reidt for the number of the "guy on Weber Street". Douglas lived on Weber Street. As was the situation in Phase I, Reidt was not the supplier, but he was Harding's assistant in contacting the appellants and appears to have been very much involved in the organization of the deal.

At the January 14 meeting, the appellant Douris told Myny that the transaction would take place within four days of Myny's advising him that he was ready to take delivery. Once again, the sale was to be for two kilos of cocaine at \$50,000 each. Myny made certain that the appellants would take care of Harding's share out of the proceeds of the sale. Douris indicated the following procedure for taking delivery: Douris and Myny would meet in a Michigan hotel to complete the delivery of the cocaine and payment for it. Each would have the assistance of a courier. Douglas told Myny that Harding's previous deal fell through because he was dealing with amateurs. He told Harding that he had done his part and that the appellants would now deal with Myny.

The next day, January 15, Myny accepted the offer put forward by Douglas and Douris. On that same day, the telephone surveillance evidence and the wiretap evidence confirmed that Harding was meeting the appellants in Kitchener at the time that Myny confirmed his purchase of the cocaine. The events of the next few days revealed that the deal was not going as planned. Harding informed Myny that the appellants wanted him to take delivery in Canada. On January 31, Harding said that Douris had told him that the drugs would be ready in three days. Myny requested another meeting to discuss the changes to the deal, but this meeting never took place and, as Myny expressed it, the deal died around February 4, 1984.

### *Phase III*

Two and a half months later, Harding re-established contact with Myny and arranged to meet him

taverne de Sarnia. D'après les enregistrements versés en preuve, Harding a téléphoné à Reidt à plusieurs reprises entre le 9 et le 12 janvier. Le 12 janvier, Harding a demandé à Reidt de lui donner le numéro du [TRADUCTION] «type de la rue Weber». Douglas habitait rue Weber. Comme pour la première phase, Reidt n'était pas le fournisseur, mais il aidait Harding à prendre contact avec les appelants et semblait jouer un rôle important dans l'organisation du marché.

À la rencontre du 14 janvier, l'appelant Douris a dit à Myny que l'opération aurait lieu quatre jours au plus après que Myny lui aurait indiqué qu'il était prêt à prendre livraison de la marchandise. Encore une fois, il s'agissait de la vente de deux kilos de cocaïne au prix de 50 000 \$ le kilo. Myny s'est assuré que les appelants prendraient la part de Harding sur le produit de la vente. Douris a précisé les modalités de la livraison: Douris et Myny se rencontreraient dans un hôtel du Michigan afin d'effectuer la livraison de la cocaïne et le paiement. Chacun serait aidé d'un courrier. Douglas a expliqué à Myny que le marché précédent de Harding avait échoué parce qu'il avait affaire à des amateurs. Il a dit à Harding qu'il avait tenu son engagement et que les appelants traiteraient désormais avec Myny.

Le lendemain, le 15 janvier, Myny a accepté l'offre de Douglas et de Douris. La preuve provenant de l'interception de conversations téléphoniques et d'écoute électronique confirme que, le même jour, Harding a rencontré les appelants à Kitchener au moment où Myny avait confirmé qu'il achèterait la cocaïne. Au cours des quelques jours suivants, tout indique que le marché ne se déroulait pas de la façon prévue. Harding a informé Myny que les appelants voulaient qu'il prenne livraison de la drogue au Canada. Le 31 janvier, Harding a affirmé que Douris lui avait dit que les drogues seraient prêtes dans les trois jours suivants. Myny a demandé à discuter de nouveau les modifications apportées au marché, mais cette rencontre n'a jamais eu lieu et, comme l'a indiqué Myny, le marché fut abandonné le 4 février 1984.

### *Troisième phase*

Deux mois et demi plus tard, Harding a repris contact avec Myny et ils ont convenu de se rencontrer le

on April 30. At this meeting, Myny dealt with both Harding and Reidt and an agreement was reached whereby they were to deliver three kilos of cocaine to Myny in Michigan. The delivery was duly made, both Harding and Reidt were arrested, tried, convicted and sentenced to the mandatory term of life imprisonment for conspiracy to deliver an amount of cocaine exceeding 650 grams. The appellants were not, in any way, involved in this last transaction. When eventually arrested, Douglas told the police that he knew of Harding's and Reidt's arrest and had been waiting to be arrested. He did not deny his involvement, but said that his role was not as big as that of Harding and Reidt.

### The Courts Below

#### *The First Trial*

The appellants' first trial came on before Salhany J. At the conclusion of the Crown's case, a motion for non-suit was brought on two grounds. First, it was said that the indictment charged multiple conspiracies, whereas the appellants had only participated in one. Secondly, it was argued that the evidence did not disclose that the conspiracy had been committed in Canada. Salhany J. dismissed the argument pertaining to the indictment in these words:

... I have come to the conclusion that it is not necessarily fatal to the prosecution, at the end of the prosecution's case, that the evidence may have established separate conspiracies against each accused before the court.

This issue is . . . whether the Crown has proven the conspiracy charged against two or more of the accused notwithstanding the evidence of a second conspiracy.

In this case, the Crown, in the opening statement indicated that he was relying upon a meeting held on January 14, 1984, between Myny, Harding and the two accused to support the conspiracy. It may be that this evidence would fail to prove that Reidt was part of this conspiracy. That, however, does not automatically mean that the charge must fail against the two accused.

In my view, it is open for the Crown . . . to rely upon the conspiracy as stated in the opening address . . . and if

30 avril. À cette rencontre, Myny traitait avec Harding et Reidt et ils ont conclu une entente aux termes de laquelle ces derniers devaient livrer trois kilos de cocaïne à Myny au Michigan. La livraison a eu lieu, Harding et Reidt ont été arrêtés, ont subi leur procès, ont été déclarés coupables et condamnés à la peine obligatoire de l'emprisonnement à perpétuité pour complot en vue de livrer une quantité de cocaïne dépassant 650 grammes. Les appellants n'ont joué aucun rôle dans l'organisation de la dernière opération. Lors de son arrestation, Douglas a dit aux policiers qu'il était au courant de l'arrestation de Harding et de Reidt et s'attendait à être arrêté. Il n'a pas nié sa participation, mais a dit ne pas avoir joué un rôle aussi important que celui de Harding et de Reidt.

### Les tribunaux d'instance inférieure

#### *Le premier procès*

Le juge Salhany a présidé le premier procès des appellants. À la fin de l'exposé du ministère public, une demande de non-lieu a été présentée, fondée sur deux motifs. Selon le premier argument, l'acte d'accusation visait des complots multiples, tandis que les appelants n'avaient participé qu'à un seul. Selon le deuxième argument, il n'avait pas été prouvé que le complot avait été commis au Canada. Le juge Salhany a rejeté l'argument concernant le libellé de l'acte d'accusation, en ces termes:

[TRADUCTION] . . . Je conclus que, même s'il peut ressortir de la preuve que des complots distincts pouvaient être reprochés à chacun des accusés, à la fin de la présentation de la preuve du ministère public, cela n'est pas nécessairement fatal à la poursuite.

La question est de savoir [. . .] si le ministère public a prouvé le complot imputé à deux ou plusieurs des accusés, malgré la preuve d'un deuxième complot.

En l'espèce, le ministère public a indiqué, dans son exposé introductif, qu'il fondait l'accusation de complot sur une rencontre qui avait eu lieu le 14 janvier 1984 entre Myny, Harding et les deux accusés. Peut-être cette preuve ne démontre-t-elle pas que Reidt a participé au complot. Cela ne signifie cependant pas nécessairement que l'accusation portée contre les deux accusés doit être rejetée.

À mon avis, le ministère public a toute latitude pour [. . .] se référer au complot tel que désigné dans son

the evidence supports that allegation, the Crown is entitled to prove the case against the accused. . . .

However, Salhany J. did dismiss the Crown's case on the ground that the evidence did not disclose that a conspiracy had been committed in Canada.

The Crown appealed this decision. The Court of Appeal agreed with the Crown's submissions and ordered a new trial.

### *The Second Trial*

The second trial came on before Scott Dist. Ct. J. At the conclusion of that trial, the appellants were convicted and sentenced to two years imprisonment. Although Scott Dist. Ct. J. did not make a specific finding as to whether there was more than one conspiracy, she did hold that the main conspiracy was that involving the appellants and if there were separate conspiracies, this was not fatal to the Crown's case since there was clear evidence of the appellants' and Harding's involvement with Myny and their agreement to sell two kilos of cocaine for \$100,000.

The Court of Appeal (1989), 51 C.C.C. (3d) 129

### *The Majority*

The majority of the Court of Appeal, Craig J. (*ad hoc*), Robins J.A. concurring, held that the conspiracy charged was the one proven at trial even though evidence had been adduced of a second conspiracy (Phase I) in which the appellants were not involved. Craig J. found that the language of the indictment did not reveal an intention of charging more than one conspiracy. In his view, the evidence of the Phase I conspiracy was introduced by the Crown to show how the conspiracy as charged originated. He decided that the appellants were not prejudiced or put at risk of being convicted of two conspiracies by the introduction of this evidence. They were not charged with the Phase I conspiracy arising out of the Wind-

exposé introductif [. . .] et si la preuve étaye cette allé- gation, le ministère public a le droit de prouver la partici- pation des accusés . . .

Toutefois, le juge Salhany a rejeté l'argument du ministère public pour la raison que la preuve ne mon- trait pas l'existence d'un complot commis au Canada.

Le ministère public a porté cette décision en appel. La Cour d'appel a accepté ses arguments et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

### *Le second procès*

Le juge Scott de la Cour de district a présidé le second procès. À l'issue du procès, les appelants ont été déclarés coupables et condamnés à une peine d'emprisonnement de deux ans. Le juge Scott ne s'est pas prononcée sur la question de savoir s'il y avait plus d'un complot, mais elle a décidé que le complot principal était celui auquel les appelants avaient partici- pé et que, s'il y avait des complots distincts, cela n'était pas fatal pour les arguments du ministère public, car la preuve indiquait clairement la participa- tion des appelants et de Harding au marché conclu avec Myny en vue de la vente de deux kilos de cocaïne pour 100 000 \$.

La Cour d'appel (1989), 51 C.C.C. (3d) 129

### *La majorité*

À la majorité, la Cour d'appel, le juge Craig (*ad hoc*), avec l'appui du juge Robins, a conclu que le complot imputé était celui qui avait été prouvé au procès, bien que la preuve produite ait montré l'exis- tence d'un autre complot (première phase) auquel les appelants n'avaient pas participé. Le juge Craig a conclu que le libellé de l'acte d'accusation n'attestait pas l'intention d'imputer plus d'un complot. À son avis, le ministère public avait présenté la preuve rela- tive au complot correspondant à la première phase afin d'établir l'origine du complot imputé. Il a décidé que les appelants n'avaient subi aucun préjudice attri- buable à la présentation de cette preuve et qu'ils n'avaient pas couru le risque d'être déclarés cou- pables de deux complots. Ils n'avaient pas été inculpés du complot correspondant à la première

sor and London meetings and they were not parties to it. As a result, the appeal was dismissed.

### *The Minority*

The minority, Carthy J.A., held that while the appellants were clearly guilty of conspiring with Harding on January 14, 1984, the indictment contained one count charging a conspiracy between December 5, 1983 and February 19, 1984. In his view, a reasonable reading of the indictment, particularly the dates, places and parties, indicated that the Crown charged a broad conspiracy encompassing both Phase I and Phase II. He held that this interpretation of the indictment was consistent with the proceedings as they developed from the indictment through the evidence adduced at trial and the submissions of the Crown on appeal. He noted that it was only in oral argument in the Court of Appeal that the Crown advanced the argument that the conspiracy charged was limited to Phase II and that the evidence of Phase I was merely background. He observed that, while the appellants knew of the existence of the Phase I conspiracy, they did not join it but belittled it as involving amateurs. Therefore, he would have set aside the convictions and substituted a verdict of acquittal.

It is significant that Carthy J.A. emphasized that Reidt was in competition with Douglas and Douris. This was important to the conclusions he reached. This same point was strongly argued by counsel for the appellants on this appeal; yet, with respect, there does not seem to be any evidence to support this position.

### Provisions of the *Criminal Code* Pertaining to Indictments

Sections 510 and 512 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, provide:

phase, c'est-à-dire aux rencontres de Windsor et de London, et ils n'y avaient pas participé. L'appel a donc été rejeté.

### *La minorité*

Le juge Carthy, dissident, a conclu que les appelants étaient manifestement coupables du complot tramé avec Harding le 14 janvier 1984, mais que l'acte d'accusation ne mentionnait qu'un chef d'accusation visant un complot perpétré entre le 5 décembre 1983 et le 19 février 1984. À son avis, l'interprétation raisonnable de l'acte d'accusation, en particulier en ce qui a trait aux dates, aux lieux et aux participants, indiquait que l'accusation portée par le ministère public visait un large complot, formé des première et deuxième phases. Il a conclu que cette interprétation de l'acte d'accusation était compatible avec les procédures qui ont suivi le dépôt de l'acte d'accusation, avec la présentation de la preuve au procès et avec l'argumentation du ministère public en appel. Il a fait remarquer que c'était seulement au cours de sa plaidoirie orale devant la Cour d'appel que le ministère public avait avancé l'argument selon lequel le complot imputé était limité à la deuxième phase et selon lequel la preuve relative à la première phase ne servait qu'à établir le contexte. Il a fait observer que, si les appelants connaissaient l'existence du complot de la première phase, par contre, ils n'y ont pas participé, mais l'ont dénigré en affirmant qu'il s'agissait du fait d'amateurs. Par conséquent, il aurait annulé les déclarations de culpabilité et les aurait remplacées par un verdict d'acquiescement.

Il est important de noter que le juge Carthy a souligné que Reidt était un concurrent de Douglas et de Douris. C'est l'un des facteurs importants sur lesquels ses conclusions sont fondées. C'est ce que les avocats des appelants ont eux aussi fait valoir énergiquement dans ce pourvoi, et pourtant il ne nous paraît pas que la preuve appuie cette thèse.

### Dispositions du *Code criminel* relatives aux actes d'accusation

Les articles 510 et 512 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 sont ainsi conçus:

**510.** (1) Each count in an indictment shall in general apply to a single transaction and shall contain and is sufficient if it contains in substance a statement that the accused committed an indictable offence therein specified.

(2) The statement referred to in subsection (1) may be

(a) in popular language without technical averments or allegations of matters that are not essential to be proved,

(b) in the words of the enactment that describes the offence or declares the matters charged to be an indictable offence, or

(c) in words that are sufficient to give to the accused notice of the offence with which he is charged.

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

(4) Where an accused is charged with an offence under section 47 or sections 49 to 53, every overt act that is to be relied upon shall be stated in the indictment.

(5) A count may refer to any section, subsection, paragraph or subparagraph of the enactment that creates the offence charged, and for the purpose of determining whether a count is sufficient, consideration shall be given to any such reference.

(6) Nothing in this Part relating to matters that do not render a count insufficient shall be deemed to restrict or limit the application of this section.

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

(g) it does not name or describe with precision any person, place or thing, . . .

Pursuant to s. 516(1) of the *Code*, particulars of the indictment may be ordered. That section provides:

**510.** (1) Chaque chef dans un acte d'accusation doit, en général, s'appliquer à une seule affaire; il doit contenir et il suffit qu'il contienne en substance une déclaration portant que l'accusé a commis un acte criminel y spécifié.

(2) La déclaration mentionnée au paragraphe (1) peut être faite:

a) en langage populaire sans expressions techniques ni allégations de choses dont la preuve n'est pas essentielle,

b) dans les termes mêmes de la disposition qui décrit l'infraction ou déclare que le fait imputé est un acte criminel, ou

c) en des termes suffisants pour notifier au prévenu l'infraction dont il est inculpé.

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

(4) Lorsqu'un prévenu est accusé d'une infraction visée par l'article 47 ou les articles 49 à 53, tout acte manifeste devant être invoqué doit être indiqué dans l'acte d'accusation.

(5) Un chef d'accusation peut se référer à tout article, paragraphe, alinéa ou sous-alinéa de la disposition qui crée l'infraction imputée et, pour déterminer si un chef d'accusation est suffisant, il doit être tenu compte d'un tel renvoi.

(6) Aucune disposition de la présente Partie concernant des matières qui ne rendent pas un chef d'accusation insuffisant, n'est censée restreindre ou limiter l'application du présent article.

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

g) qu'il ne nomme ni ne décrit avec précision une personne, un endroit ou une chose, . . .

Conformément au par. 516(1) du *Code*, il peut être ordonné de fournir des détails sur l'acte d'accusation. Ce paragraphe est ainsi libellé:

516. (1) The court may, where it is satisfied that it is necessary for a fair trial, order the prosecutor to furnish particulars and, without restricting the generality of the foregoing, may order the prosecutor to furnish particulars

(g) further describing a person, place or thing referred to in an indictment.

Thus, the *Code* provides that the indictment must contain sufficient details of the circumstances of the alleged offence to give the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to. In cases where confusion exists as to the indictment, a provision is made for the accused person to obtain particulars. The indictment can and should be expressed in clear and simple language.

#### Indictments Generally

Certain principles pertaining to indictments generally can be derived from the decisions of this Court. In *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, the accused was charged with failing to provide a breath sample contrary to then s. 235(2) of the *Criminal Code*. The information omitted the words "without reasonable excuse". No objection was made to this omission and a defence of reasonable excuse was tendered and rejected by the trial court. De Grandpré J., writing for six of the seven judges, stated at p. 13:

... the golden rule is for the accused to be reasonably informed of the transaction alleged against him, thus giving him the possibility of a full defence and a fair trial. When, as in the present case, the information recites all the facts and relates them to a definite offence identified by the relevant section of the *Code*, it is impossible for the accused to be misled. To hold otherwise would be to revert to the extreme technicality of the old procedure.

In *R. v. Wis Development Corp.*, [1984] 1 S.C.R. 485, the appellant refused to provide particulars to the respondents who were charged with unlawfully operating a commercial air service. The respondents,

516. (1) Si la cour est convaincue que la chose est nécessaire pour assurer un procès équitable, elle peut ordonner que le poursuivant fournisse des détails et, sans restreindre la généralité des dispositions précédentes, elle peut ordonner que le poursuivant fournisse des détails

g) décrivant davantage une personne, un endroit ou une chose dont il est question dans un acte d'accusation.

Par conséquent, le *Code* dit que l'acte d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction alléguée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement l'accusé sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée. Une disposition permet à l'accusé d'obtenir des détails s'il estime que le texte de l'acte d'accusation est confus. L'acte d'accusation peut et doit être rédigé en termes clairs et simples.

#### Les actes d'accusation—généralités

Les arrêts de notre Cour permettent de dégager certains principes régissant les actes d'accusation dans leur ensemble. Dans *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, l'accusé avait été inculpé de l'infraction prévue au par. 235(2) du *Code criminel*, pour avoir omis de fournir un échantillon de son haleine. La dénonciation ne contenait pas les mots «sans excuse raisonnable». Cette omission n'avait suscité aucune objection et le moyen de défense de l'excuse raisonnable avait été invoqué et rejeté par le juge du procès. Le juge de Grandpré, exprimant les motifs de six des sept juges présents, dit à la p. 13:

... la règle par excellence est que l'accusé doit être raisonnablement informé de l'infraction qu'on lui impute, pour lui donner ainsi la possibilité d'une défense complète et d'un procès équitable. Lorsque, comme en l'espèce, la dénonciation énumère tous les faits et les relie à une infraction déterminée, identifiée par l'article pertinent du *Code*, il est impossible que l'accusé soit induit en erreur. Admettre le contraire serait retourner au formalisme extrême de l'ancienne procédure.

Dans l'affaire *R. c. Wis Development Corp.*, [1984] 1 R.C.S. 485, l'appelante avait refusé de fournir des détails aux intimés, qui étaient inculpés de l'infraction consistant à exploiter illégalement un service

therefore, prior to plea, made an application to quash the information. Lamer J., as he then was, writing for the Court, held that the information was defective because the words "operation of a "commercial air service"" could relate to many activities or usages of aircraft in Canada. At page 493 he stated:

When accused, the citizen shall then be treated fairly. This requires that he must be able clearly to identify what he is alleged to have done wrong so that he may prepare his case adequately. . . .

The Ontario Court of Appeal in *R. v. Ryan* (1985), 23 C.C.C. (3d) 1, considered whether precise time and location needed to be specified in a charge of impaired driving or driving with a blood alcohol reading over the prescribed limit. It was argued that in light of *Wis, supra*, the accused was entitled to a detailed description of time and place of the offence. The Court of Appeal reasoned that the rationale of *Wis* was based not on the failure to set out the time or location of the offence, but rather on the failure to identify the particular act which was alleged to have constituted the offence. At page 6 the following was stated:

The test continues to be whether the information contains sufficient detail to *give to the accused* reasonable information with respect to the charge and to identify the transaction referred to therein. In our opinion, the kind of information that will be necessary to satisfy this test will vary depending on the nature of the offence charged. . . . What particularity will be needed with respect to a given charge will "depend on the circumstances". . . . [Emphasis added.]

The same principles were considered and applied in *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399 (Ont. C.A.). At page 403, Krever J.A. stated:

That decision [*R. v. Ryan*] seems to me to make it clear that nothing in the *WIS* case casts doubt on the correctness of this general statement in Salhany, *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed. (1984), p. 214:

Whether or not the charge contains sufficient details to give the accused reasonable information and to identify the transaction referred to will depend

aérien commercial. Les intimés avaient donc, avant le plaidoyer, demandé l'annulation de la dénonciation. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), rédigeant les motifs de la Cour, a conclu que la dénonciation était incomplète parce que les mots «l'exploitation d'un «service aérien commercial» » pouvaient se rapporter à de nombreuses activités ou utilisations d'un aéronef au Canada. Il dit, à la p. 493:

b Dès qu'il est inculpé, le citoyen doit alors être traité équitablement. Cela implique nécessairement qu'il doit être en mesure d'identifier clairement le méfait qu'on lui impute afin qu'il puisse préparer une défense adéquate . . .

c Dans *R. v. Ryan* (1985), 23 C.C.C. (3d) 1, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné la question de savoir s'il faut préciser le moment et le lieu dans le cas d'une accusation de conduite en état de facultés affaiblies ou lorsque l'alcoolémie dépasse la limite fixée. On a soutenu qu'à la lumière de l'arrêt *Wis*, précité, l'accusé avait droit à une description détaillée du moment et du lieu de l'infraction. La Cour d'appel a estimé que l'arrêt *Wis* était fondé non pas sur l'omission de mentionner le moment ou le lieu de l'infraction, mais sur l'omission d'identifier l'acte précis qui constituait l'infraction. On trouve le passage suivant à la p. 6:

f [TRADUCTION] Le critère applicable est encore le même: la dénonciation contient-elle des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'inculpation et pour identifier l'affaire mentionnée? À notre avis, le genre de renseignements nécessaires pour satisfaire à cette exigence varie selon la nature de l'infraction imputée [ . . . ] Les détails requis à l'égard d'une inculpation «dépendent des circonstances» . . . [Je souligne.]

h Les mêmes principes ont été examinés et appliqués dans *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399 (C.A. Ont.). Le juge Krever dit, à la p. 403:

i [TRADUCTION] Cette décision [*R. v. Ryan*] me semble établir nettement que l'arrêt *WIS* n'a pas pour effet de mettre en doute la justesse de cette règle générale, qu'expose Salhany dans son ouvrage *Canadian Criminal Procedure*, 4<sup>e</sup> éd. (1984), à la p. 214:

j La question de savoir si l'inculpation contient des détails suffisants pour renseigner raisonnablement l'accusé et pour identifier l'affaire mentionnée



upon the facts of each case and the nature of the charge.

With that proposition in mind, I turn to an examination of the facts of this case and the nature of the charge. Especially important is the nature of the charge—an extended (six-month) course of conduct of sexually assaulting a nine-year-old child. It is, therefore, a kind of case in which, because of the age of the alleged victim, full particularity with respect to, for example, dates, is likely impossible and to require it would make prevention of a serious social problem exceedingly difficult. . . . The accused sought . . . particulars of the information. . . . Before making the request for particulars, he had pleaded to the charge. He had, by that time been permitted to read the Crown's brief. Crown counsel, in response . . . volunteered that he was relying on 10 separate incidents which had occurred between May 31, 1984, and December 15, 1984. . . . [Emphasis added.]

From these cases it can be seen that an indictment is adequate if it contains sufficient details to give the accused reasonable information with respect to the charge and to enable the accused to identify the transaction so as to permit the adequate preparation of the defence. Whether an indictment is sufficient will depend on the offence charged and the facts of the case. Time is not required to be stated with exact precision unless it is an essential part of the offence charged and the accused is not misled or prejudiced by any variation in time that arises.

As well, it can generally be said that a charge has been established if the evidence discloses the commission of the offence within the time period set out in the indictment. See, for example, *Container Materials Ltd. v. The King*, [1942] S.C.R. 147, at p. 159 and *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1980), 53 C.C.C. (2d) 1, at p. 52, aff'd (1981), 62 C.C.C. (2d) 118 (Ont. C.A.). In the *Hoffmann* case the accused was charged with selling articles at unreasonably low prices contrary to the *Combines Investigation Act*. At pages 52-53, Linden J. stated:

I do not think the defence is correct in arguing that the Crown must prove in this case that the accused engaged

dépend des faits de l'espèce et de la nature de l'accusation.

Compte tenu de cette proposition, je vais maintenant examiner les faits de l'espèce et la nature de l'accusation. La nature de l'accusation revêt une importance particulière—série d'agressions sexuelles perpétrées contre un enfant de neuf ans durant une longue période (six mois). Il s'agit donc d'un cas où il serait vraisemblablement impossible, vu l'âge de la victime, de fournir des détails complets à l'égard, par exemple, des dates, et exiger qu'ils soient fournis rendrait extrêmement difficile la prévention d'un grave problème social. [ . . . ] L'accusé a demandé [ . . . ] que des détails sur la dénonciation lui soient fournis. [ . . . ] Avant de demander des détails, il avait présenté son plaidoyer en réponse à l'inculpation. Il avait déjà eu à ce moment-là la permission de lire le mémoire du ministère public. Le substitut du procureur général, en réplique, [ . . . ] a accepté de préciser qu'il s'appuyait sur 10 incidents distincts qui s'étaient produits entre le 31 mai 1984 et le 15 décembre 1984 . . . [Je souligne.]

Il ressort de cette jurisprudence qu'un acte d'accusation est adéquat s'il contient des détails suffisants pour renseigner raisonnablement l'accusé sur l'accusation et pour identifier l'affaire mentionnée, de sorte qu'il est en mesure de bien préparer sa défense. La question de savoir si l'acte d'accusation est suffisant dépend des faits de l'espèce et de la nature de l'accusation. Il n'est pas nécessaire de préciser le moment exact à moins qu'il ne constitue un élément essentiel de l'infraction imputée et que l'inexactitude du moment indiqué n'induisse l'accusé en erreur et ne lui porte préjudice.

De même, on peut généralement affirmer que la preuve de l'infraction a été faite s'il a été établi qu'elle a été commise durant la période indiquée dans l'acte d'accusation. Voir, par exemple, *Container Materials Ltd. v. The King*, [1942] R.C.S. 147, à la p. 159 et *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1980), 53 C.C.C. (2d) 1, à la p. 52, conf. par (1981), 62 C.C.C. (2d) 118 (C.A. Ont.). Dans l'affaire *Hoffmann*, l'accusée était inculpée d'une infraction prévue par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, la vente d'articles à des prix déraisonnablement bas. Aux pages 52 et 53, le juge Linden dit:

[TRADUCTION] Je ne pense pas que la défense ait raison d'affirmer que le ministère public doit prouver en l'es-

in a policy of selling at unreasonably low prices continuously, throughout the entire period January 1, 1968 to November 30, 1974. The indictment says that the offence was committed "between" those dates, not that it continued during the entire period. It is sufficient, I hold, to prove that the offence was committed at some point within the time frame alleged. I find that the Crown has accomplished this when it proved that the policy was engaged in from June 25, 1970 to June 30, 1971, a period which is clearly within the dates alleged. [Emphasis added.]

The requirements that an information must meet have been set forth with great clarity by Wilson J. in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at pp. 44-45, in this way:

It is apparent from these cases that what constitutes reasonable or adequate information with respect to the act or omission to be proven against the accused will of necessity vary from case to case. The factual matters which underlie some offences permit greater descriptive precision than in the case of other offences. Accordingly, a significant factor in any assessment of the reasonableness of the information furnished is the nature and legal character of the offence charged. It is also apparent, however, that in general an information or indictment will not be quashed just because the exact time of the offence is not specified. Rather, the matter will continue on to trial on the merits. While it is obviously important to provide an accused with sufficient information to enable him or her to identify the transaction and prepare a defence, particularity as to the exact time of the alleged offence is not in the usual course necessary for this purpose. It goes without saying, of course, that there may be cases where it is.

Ultimately it will have to be determined if the indictment in the case under consideration meets these requirements.

#### Indictments as They Pertain to the Offence of Conspiracy

The offence of conspiracy has long been recognized in the criminal law. It can often play a valid and significant role in the prosecution of those seeking to traffic in illicit drugs. While the offence of conspiracy is inherently difficult to frame, the indictment must be set forth with such reasonable precision

pèce que l'accusée a pratiqué des prix déraisonnablement bas de manière continue, pendant toute la période du 1<sup>er</sup> janvier 1968 au 30 novembre 1974. L'acte d'accusation dit que l'infraction a été commise «entre» ces dates-là et non qu'elle s'est poursuivie durant toute cette période. Il suffit, à mon sens, de prouver que l'infraction a été commise à un moment de la période indiquée. Je conclus que le ministère public y est parvenu en prouvant que de tels prix ont été pratiqués entre le 25 juin 1970 et le 30 juin 1971, période qui est nettement comprise entre les dates mentionnées. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux pp. 44 et 45, le juge Wilson a exposé avec beaucoup de clarté les exigences qu'une dénonciation doit respecter:

Il ressort de ces arrêts que ce qui constitue une dénonciation raisonnable ou adéquate relativement à l'acte ou à l'omission qui doit être établi contre l'accusé diffèrera nécessairement d'une affaire à l'autre. Les faits à la base de certaines infractions se prêtent à une description plus précise que dans le cas d'autres infractions. De même, la nature et le caractère juridiques de l'infraction reprochée sont un facteur important dans toute appréciation du caractère raisonnable de la dénonciation. Toutefois, il appert également qu'en général on n'annulera pas une dénonciation ou un acte d'accusation pour la simple raison que le moment exact de l'infraction n'est pas précisé. La question sera plutôt entendue sur le fond. Bien qu'il soit de toute évidence important de fournir à l'accusé suffisamment de renseignements pour lui permettre d'identifier l'infraction reprochée et de préparer sa défense, la précision du moment exact de cette infraction n'est habituellement pas nécessaire à cette fin. Il va sans dire, évidemment, que le contraire peut être vrai dans certaines affaires.

Finalemt, il faudra déterminer si l'acte d'accusation en cause respecte ces exigences.

#### Les actes d'accusation dans les cas de complot

L'infraction de complot est reconnue depuis longtemps en droit pénal. Elle peut souvent jouer un rôle important dans la poursuite de ceux qui cherchent à faire le trafic de drogues illicites. L'infraction de complot est en soi difficile à décrire, mais l'acte d'accusation doit être rédigé avec une précision suffi-

as to inform the accused of the fundamental nature of the conspiracy charged.

The essence of the offence of conspiracy is the agreement to perform an illegal act or to achieve a result by illegal means. In this case, those accused of the conspiracy must be found to have agreed to traffic in cocaine. How that agreement is to be carried out, that is to say, the steps taken in furtherance of the agreement (the overt acts) are simply elements going to the proof of the essential ingredient of the offence, namely, the agreement. This was the principle which was enunciated by Dickson J., as he then was, in *R. v. Cotroni*, [1979] 2 S.C.R. 256.

If that principle is borne in mind, it is perhaps easier to consider the problems of indictments in conspiracy cases. They may arise in either of two ways. First, a conspiracy count may charge the accused with two or more conspiracies; secondly, the count may charge only one conspiracy, but proof at trial may demonstrate that there was more than one conspiracy. A count in an indictment which charges the accused with two or more conspiracies gives rise to issues of duplicity. A count which charges just one conspiracy where the proof at trial reveals more than one conspiracy raises the question of whether the Crown has proven the conspiracy charged against the accused despite the evidence of a second conspiracy.

The issue was put forward in this way by Dickson J. in *Cotroni*, *supra*, at p. 285:

A distinction must be drawn between a conspiracy count which charges the accused with two or more conspiracies, and a count which charges one conspiracy only but is supported by proof during trial of more than one conspiracy. The former gives rise to questions of duplicity. The latter raises the question of whether the Crown has proven the conspiracy charged against two or more of the accused notwithstanding evidence of a second conspiracy.

He continued at pp. 286-87:

sante pour renseigner l'accusé sur la nature fondamentale du complot qui lui est imputé.

Essentiellement, l'infraction de complot est une entente en vue d'accomplir un acte illicite ou d'obtenir un résultat par des moyens illicites. En l'espèce, il faut que l'on arrive à la conclusion que les accusés se sont entendus pour faire le trafic de la cocaïne. Le mode d'exécution de cette entente, c'est-à-dire les moyens pris pour en réaliser l'objet (les actes manifestes) sont simplement des éléments servant à apporter la preuve de l'élément essentiel de l'infraction, qui est l'entente. C'est le principe qui se dégage des motifs du juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans *R. c. Cotroni*, [1979] 2 R.C.S. 256.

Si l'on retient ce principe, l'examen des problèmes posés par les actes d'accusation dans les affaires de complot sera peut-être facilité. Ces problèmes peuvent prendre deux formes. Premièrement, il peut arriver que le chef d'accusation de complot impute à l'accusé deux ou plusieurs complots; deuxièmement, il se peut que le chef impute un seul complot, mais que la preuve au procès révèle l'existence de plusieurs complots. Le chef d'accusation qui impute à l'accusé deux ou plusieurs complots soulève la question de l'accusation multiple. Si le chef impute un seul complot, mais que la preuve révèle l'existence de plus d'un complot, la question suivante peut se poser: le ministère public a-t-il prouvé le complot imputé à l'accusé malgré la preuve d'un second complot?

Dans l'arrêt *Cotroni*, précité, le juge Dickson formule la question dans ces termes, à la p. 285:

Il y a lieu de distinguer entre un chef d'accusation qui impute à l'accusé deux ou plusieurs complots et celui qui n'impute qu'un complot à l'accusé, mais qui est étayé au procès par la preuve de plusieurs complots. Le premier pose le problème de l'accusation multiple. L'autre pose la question de savoir si le ministère public a prouvé le complot imputé à deux ou plusieurs des accusés, nonobstant la preuve d'un second complot.

Il ajoute, aux pp. 286 et 287:

Where several conspiracies are shown to have been committed, the problem arises of determining which one of these conspiracies is that envisaged by the charge.

Whether any or all of the conspiracies that have been proven to have been committed are covered by the indictment depends on the construction of the charge.

In *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (Ont. C.A.), *aff'd sub nom. R. v. Ackworth*, [1987] 2 S.C.R. 291, Martin J.A. summarized some basic principles that are applicable to a consideration of indictments in conspiracy cases which may usefully be considered in this case. He stated at pp. 143-44:

The prosecution must prove the conspiracy alleged. Where the count alleges that the accused conspired together for a common purpose but the prosecution proves only that some of those accused had conspired with one of their number for their own purposes, no common purpose such as that alleged has been established. . . .

Where the evidence establishes the conspiracy alleged against two or more accused (or against one accused and an unknown person where the indictment alleges that the accused conspired together and with persons unknown), it is immaterial that the evidence also discloses another and wider conspiracy to which the accused or some of them were also parties: *R. v. Greenfield et al.*, *supra*, at p. 857; *R. v. Coughlan and Young*, *supra*, at p. 35.

Although other conspirators, in addition to Daley and Doroshenko, are named in count 1, it is elementary that proof of the participation of *all* the named conspirators is not essential and does not result in proof of a different agreement to that charged.

The present case is the converse of *R. v. Griffiths et al.*, *supra*, and *R. v. Longworth et al.*, *supra*. In those cases the conspiracy charged in the indictment was a wider, more serious and fundamentally different conspiracy than the one proved.

In the present case, the evidence established and the judge found that the respondents were participants in a conspiracy to traffic in two illicit drugs in which Daley and Doroshenko were the central figures. Each count in

Lorsque la preuve établit plusieurs complots, le problème d'identifier le complot visé par l'accusation se pose.

<sup>a</sup> La question de savoir si tous les complots établis en preuve ou certains d'entre eux sont contenus dans le chef d'accusation dépend de l'interprétation de l'accusation.

<sup>b</sup> Dans *R. v. Paterson, Ackworth and Kovach* (1985), 18 C.C.C. (3d) 137 (C.A. Ont.) *conf. par sub nom. R. c. Ackworth*, [1987] 2 R.C.S. 291, le juge Martin a résumé quelques principes de base à appliquer à l'examen des actes d'accusation dans les affaires de complot, qui peuvent être utiles en l'espèce. Il dit, aux pp. 143 et 144:

[TRADUCTION] Le poursuivant doit prouver le complot imputé. Si le chef allègue que les accusés ont comploté d'accomplir une fin illicite, mais que le poursuivant prouve seulement que certains des accusés ont comploté ensemble de réaliser leur propre fin, aucune fin commune de la nature de celle alléguée n'a été établie . . .

<sup>c</sup> Si la preuve est faite du complot imputé à deux ou plusieurs accusés (ou à un accusé et à une personne inconnue, si l'acte d'accusation allègue que les accusés ont comploté ensemble et avec des personnes inconnues), il importe peu que la preuve révèle aussi un autre complot plus étendu, auquel les accusés ou certains d'entre eux ont également participé: *R. v. Greenfield et al.*, précité, à la p. 857, et *R. v. Coughlan and Young*, précité, à la p. 35.

<sup>d</sup> Quoique d'autres comploteurs, mis à part Daley et Doroshenko, soient nommés dans le premier chef, il est évident que la preuve de la participation de *tous* les comploteurs mentionnés n'est pas essentielle et qu'une telle preuve démontre l'existence d'une entente distincte de celle imputée.

<sup>e</sup> L'espèce présente la situation inverse des affaires *R. v. Griffiths et al.* et *R. v. Longworth et al.*, précitées. Dans ces affaires, le complot imputé dans l'acte d'accusation était un complot plus étendu, plus grave et fondamentalement différent de celui prouvé.

<sup>f</sup> En l'espèce, la preuve montre et le juge a conclu que les intimés ont participé à un complot en vue du trafic de deux drogues illicites, dans lequel Daley et Doroshenko ont joué le rôle principal. Chaque chef de l'acte

the indictment charged a conspiracy to traffic in one of the illicit drugs only. The issue is whether proof of the respondents' participation in a conspiracy to traffic in both drugs, in which Daley and Doroshenko were the central figures, necessarily also proved their participation in a conspiracy with Daley and Doroshenko to traffic in one of the drugs as charged in each count.

In *R. v. Griffiths et al.*, *supra*, and *R. v. Longworth et al.*, *supra*, the evidence failed to prove that the accused were participants in the general conspiracy alleged and it would be grossly unfair and improper to convict them of a different conspiracy than that with which they were charged. In the present case, the evidence proved *more* than what was alleged in each count; it proved that the respondents were participants in a conspiracy to traffic in both drugs, not just the ones specified in the count. The respondents suffered no prejudice and cannot complain because the Crown limited the conspiracy charged in each count to conspiracy to traffic in only one of the drugs.

#### Application of the Foregoing Principles to the Case at Bar

In the case at bar, there is no question that a conspiracy or agreement was proven, namely, that Douglas and Douris conspired or agreed, at least with Harding and Myny, to sell two kilos of cocaine to Myny for \$100,000 U.S. The evidence also established the Phase I conspiracy involving Harding, Reidt and an unknown Florida supplier to sell the same amount of cocaine to Myny for the same price. Lastly, there was a conspiracy proven whereby Harding and Reidt agreed to sell and then sold three kilos of cocaine to Myny in Michigan in April, some two months after the date of the conspiracy alleged in the indictment. Whether this Phase III transaction is a separate event or merely a continuation of the Phase I conspiracy, is not important for our purposes.

Does the indictment charge only the Phase II conspiracy or does it, as the appellants argue, charge a broader conspiracy covering both Phase I and Phase II? If the appellants are correct, the Crown has failed

d'accusation n'imputait que le complot en vue de faire le trafic d'une des drogues illicites seulement. La question qui se pose est de savoir si la preuve de la participation des intimés à un complot en vue de faire le trafic des deux drogues, dans lequel Daley et Doroshenko ont joué le rôle principal, prouve nécessairement leur participation à un complot avec Daley et Doroshenko en vue de faire le trafic d'une des drogues, soit l'infraction imputée dans chacun des chefs.

Dans *R. v. Griffiths et al.* et *R. v. Longworth et al.*, précités, la preuve ne démontrait pas que les accusés avaient participé au complot général imputé et il aurait été très injuste et irrégulier de les déclarer coupables d'un complot différent de celui dont ils avaient été inculpés. En l'espèce, la preuve a révélé que les intimés ont participé à un complot en vue de faire le trafic des deux drogues, et non pas seulement celle mentionnée dans le chef d'accusation. Les intimés n'ont pas subi de préjudice et ne peuvent pas se plaindre parce que le ministère public a limité le complot imputé dans chaque chef à un complot pour faire le trafic d'une seule des drogues.

#### Application des principes précités à la présente espèce

En l'espèce, il n'y a aucun doute qu'un complot ou une entente ont été prouvés; Douglas et Douris ont comploté ou se sont entendus, du moins avec Harding et Myny, pour vendre deux kilos de cocaïne à Myny pour 100 000 \$ U.S. La preuve a aussi été faite du complot de la première phase auquel ont participé Harding, Reidt et un fournisseur de Floride, inconnu, en vue de vendre la même quantité de cocaïne à Myny pour le même prix. Enfin, un complot a été prouvé, dans lequel Harding et Reidt ont convenu de vendre, puis ont vendu trois kilos de cocaïne à Myny, au Michigan, en avril, soit environ deux mois après la date du complot imputé dans l'acte d'accusation. Il importe peu, en ce qui nous concerne, que cette opération effectuée au cours de la troisième phase constitue un fait distinct ou une simple continuation de la première phase du complot.

L'acte d'accusation vise-t-il seulement le complot de la deuxième phase ou, comme le soutiennent les appelants, vise-t-il un complot plus étendu, englobant les deux premières phases? Si les appelants ont rai-

to prove the offence charged since the appellants had no involvement whatsoever in the Phase I conspiracy.

In my view, the Crown did prove the offence as charged. First, with regard to the time, the indictment refers to a relatively short period between December 5, 1983 and February 19, 1984. It should be observed that the date of December 5 precedes both the Phase I conspiracy and the Phase II conspiracy. February 19 was the time the Phase II conspiracy, in the words of Sgt. Myny, "had died". The December 5 date may be an indication of when Sgt. Myny first spoke to Sue Ellen and learned that she would reveal to him the names of cocaine dealers. He referred to this conversation as occurring early in December. Although, ideally, the indictment might have referred only to the time from the January 11 or 12 to February 19, it is difficult to see what prejudice was occasioned by reference to the earlier date.

Most importantly, the indictment specified the cities which pertained exclusively to the Phase II conspiracy. That is to say, it referred specifically to the places where the discussions occurred, namely, Sarnia and Kitchener. It will be remembered that the Phase I conspiracy involved negotiations and an eventual agreement that took place in the cities of Windsor and London. With respect to the Phase II conspiracy, it was the City of Sarnia where the key agreement was made. Douglas and Harding resided in Kitchener and Douris in Montreal. To my mind, there could not be a clearer indication that the indictment was referring only to the Phase II conspiracy which was clearly proven in this case. The reference to Sarnia and Kitchener indicated to the appellants that the Phase II conspiracy was the sole subject of the indictment. In other words, it gave them reasonable notice of the offence charged. As well, it is not without some significance that only Douglas and Douris were charged in the indictment.

Much was made of the fact that the indictment went on to say "and elsewhere in the Province of Ontario". Counsel for the Crown submitted, and research bears him out, that "these words, superflu-

son, le ministère public n'a pas prouvé l'infraction imputée, car les appelants n'ont pas participé du tout à la première phase du complot.

À mon avis, le ministère public a prouvé l'infraction imputée. Premièrement, en ce qui a trait au moment de l'infraction, l'acte d'accusation fait mention d'une période assez brève, entre le 5 décembre 1983 et le 19 février 1984. Il y a lieu de remarquer que la date du 5 décembre précède le début de la première et de la deuxième phases du complot. Le 19 février est la date où, selon le sergent Myny, il a été mis fin au complot de la deuxième phase. La date du 5 décembre vise peut-être à indiquer que c'est à ce moment-là que le sergent Myny a parlé pour la première fois à Sue Ellen et a appris qu'elle lui divulguerait le nom de trafiquants de cocaïne. D'après lui, cette conversation a eu lieu au début de décembre. Certes, l'acte d'accusation aurait dû, idéalement, ne faire état que de la période allant du 11 ou du 12 janvier au 19 février, mais il est difficile de voir quel préjudice a pu causer la mention de la date antérieure.

Fait très important, l'acte d'accusation ne mentionne que les villes qui ont un rapport avec la deuxième phase du complot, c'est-à-dire qu'il mentionne spécifiquement les lieux où les discussions ont eu lieu, savoir Sarnia et Kitchener. On se souviendra que la première phase du complot consistait en des négociations et une entente qui ont eu lieu dans les villes de Windsor et de London. Quant à la deuxième phase, l'entente principale a été conclue dans la ville de Sarnia. Douglas et Harding habitaient à Kitchener et Douris à Montréal. À mon sens, c'est là une indication parfaitement claire que l'acte d'accusation ne se rapporte qu'à la deuxième phase du complot, qui a clairement été prouvée en l'espèce. La mention de Sarnia et de Kitchener indiquait aux appelants que la deuxième phase du complot était le seul objet de l'acte d'accusation. Autrement dit, elle leur a notifié raisonnablement l'infraction dont ils étaient inculpés. De la même façon, il n'est pas sans importance que seuls Douglas et Douris aient été inculpés dans l'acte d'accusation.

On a fait grand cas d'une autre mention contenue dans l'acte d'accusation: «et ailleurs dans la province d'Ontario». Le substitut du procureur général a soutenu—et la recherche faite à ce sujet lui donne rai-

ous as they may be, are common to almost all indictments of conspiracy that take place in the Province of Ontario.” These unnecessary and surplus words cannot be said to constitute a basis for finding that the indictment did not reasonably disclose the offence charged. This is particularly so when the key locations of Sarnia and Kitchener, which were crucial to the Phase II conspiracy, were specifically set out and no reference was made to Windsor and London, where the Phase I conspiracy took place. Again, the reference to Sarnia and Kitchener clearly indicates that the conspiracy charged was the Phase II conspiracy. The reference to elsewhere in Ontario does not make this any less clear.

Since the sole issue in this case is to determine whether the prosecution proved the conspiracy alleged, the fact that the evidence established more than one conspiracy is not necessarily fatal to the prosecution. In *Cotroni, supra*, it was recognized that whether any or all of the conspiracies that had been proven to have been committed were covered by the indictment depended on the construction of the charge. The proof of the Phase I conspiracy involving Harding and Reidt and the Phase III agreement in April, again involving Harding and Reidt, were not essential to the proof of the conspiracy involving Douglas and Douris. Nevertheless, Phase I was important in the narrative of events. It established the circumstances under which Myny met Sue Ellen and how the undercover operation began. It also revealed that Myny was known to be in the market for a very significant quantity of cocaine and the price he was willing to pay. At the Sarnia meeting, Douglas and Douris confirmed that they were aware of the quantity and price to be paid for the cocaine. The Phase III transaction was, as well, important for the narrative of the case. The evidence of Phase III was necessary to explain the reaction of Douglas when he was arrested, specifically that he was aware of what had happened to Harding and his volunteered statement that he played a lesser role than Harding.

son—que [TRADUCTION] «ces mots, aussi inutiles soient-ils, sont d’usage courant dans presque tous les actes d’accusation en matière de complot dans la province d’Ontario». L’emploi de ces mots superflus et inutiles ne permet pas de fonder la conclusion que l’acte d’accusation n’a pas renseigné raisonnablement les accusés sur l’infraction imputée. Cela est d’autant plus vrai que Sarnia et Kitchener, les lieux essentiels pour ce qui concerne la deuxième phase du complot, sont spécifiquement mentionnés alors qu’il n’est pas fait mention de Windsor et de London, où la première phase du complot s’est déroulée. Une fois de plus, la mention de Sarnia et de Kitchener indique nettement que le complot imputé est le complot de la deuxième phase. L’expression «ailleurs dans la province d’Ontario» ne diminue en rien la clarté de cet énoncé.

Comme la seule question à trancher en l’espèce est celle de savoir si la poursuite a prouvé le complot imputé, le fait que la preuve montre l’existence de plus d’un complot n’annihile pas nécessairement la thèse de la poursuite. Dans l’arrêt *Cotroni*, précité, notre Cour a reconnu que la question de savoir si tous les complots établis en preuve ou certains d’entre eux étaient contenus dans le chef d’accusation dépendait de l’interprétation de l’accusation. La preuve du complot de la première phase, mettant en cause Harding et Reidt, et de l’entente conclue lors de la troisième phase, en avril, impliquant encore une fois Harding et Reidt, n’était pas essentielle à la preuve du complot reproché à Douglas et Douris. Néanmoins, la première phase était un élément important de la relation des faits. Elle a établi les circonstances dans lesquelles Myny a rencontré Sue Ellen et comment l’opération d’infiltration a commencé. Elle a aussi révélé que l’on savait que Myny était intéressé à acheter une importante quantité de cocaïne et quel prix il était disposé à payer. Lors de la rencontre de Sarnia, Douglas et Douris ont confirmé être au courant de la quantité demandée et du prix à verser pour la cocaïne. La transaction de la troisième phase était elle aussi un élément important dans la relation des événements. La preuve de la troisième phase était nécessaire pour expliquer la réaction de Douglas au moment de son arrestation, en particulier le fait qu’il savait ce qui était arrivé à Harding, et la déclaration qu’il a faite spontanément, c’est-à-dire qu’il avait joué un rôle moins important que Harding.

The reasons of the minority in the Court of Appeal stressed that Reidt was not involved in the Phase II conspiracy, but was in fact a competitor of the appellants. This same factor was stressed by counsel for the appellants. I cannot find any evidence that Reidt was, or could in any way be considered to be, a competitor of Douglas and Douris.

Rather, the evidence reveals that Reidt was involved in the arrangements Harding made with Douglas and Douris. The testimony of Sgt. Myny clearly establishes that Reidt was Harding's partner during Phase I. More importantly, contrary to the assertions of counsel for the appellants, Reidt was clearly involved in the Phase II conspiracy. For example, Reidt phoned Harding on January 9 saying: "I'll see you [Harding] in a bit". On January 11, the day before Harding contacted Myny to set up a meeting with a "new player", there were three telephone calls between Harding and Reidt. In the first, Harding asked Reidt if he got "a hold of what's his name". In the second, Reidt phoned Harding to say that, "He phoned". In the third, Harding phoned Reidt asking for the number of "the guy over on Weber Street". The evidence established that Douglas lived on Weber Street. Reidt said that "the guy talked to him last night". Further, less than two minutes after Harding had spoken by telephone to Myny on January 12, 1984, advising Myny that he had "new players" (the appellants) and setting up the January 14 meeting in Sarnia, Harding called Reidt. It would therefore seem that Reidt assisted Harding in making contact with Douglas.

The evidence clearly confirms that Reidt was Harding's partner and not a supplier. He was his partner in what the drug trade refers to as "making the connect" or "making the contact" between the buyer and the seller or supplier. It is thus apparent that there is absolutely no evidence that Reidt and the appellants were competitors. From the testimony of Myny, it would appear that in Phase I Myny was the buyer, the "connect" was Harding and Reidt and the seller was to be a Florida supplier. In Phase II, Myny was

Les motifs de la minorité en Cour d'appel soulignent que Reidt n'avait pas participé à la deuxième phase du complot, mais qu'il était en réalité un concurrent des appelants. Les avocats des appelants ont eux aussi fait valoir cet argument. Aucun élément de preuve, à mon sens, ne montre que Reidt était un concurrent de Douglas et de Douris, ou qu'il pourrait de quelque façon que ce soit être tenu pour tel.

La preuve révèle plutôt que Reidt a participé aux ententes conclues par Harding avec Douglas et Douris. Le témoignage du sergent Myny établit nettement que Reidt était l'associé de Harding durant la première phase. Fait plus important, malgré les affirmations contraires des avocats des appelants, Reidt a de toute évidence participé au complot de la deuxième phase. Par exemple, Reidt a téléphoné à Harding le 9 janvier pour lui dire: [TRADUCTION] «Je vais te [Harding] rencontrer d'ici peu». Le 11 janvier, soit la veille du jour où Harding a pris contact avec Myny pour organiser une rencontre avec un «nouveau joueur», Harding et Reidt ont eu trois conversations téléphoniques. Au cours de la première, Harding a demandé à Reidt s' [TRADUCTION] «il avait joint le type en question». Lors de la deuxième, Reidt a dit à Harding qu'il «avait téléphoné». La troisième fois, Harding a téléphoné à Reidt pour lui demander le numéro du «type de la rue Weber». Or, il ressort de la preuve que Douglas habitait rue Weber. Reidt a dit avoir parlé «au type la veille au soir». En outre, moins de deux minutes après que Harding eut parlé à Myny au téléphone, le 12 janvier 1984, pour l'informer qu'il avait «des nouveaux joueurs» (les appelants), et pour organiser la rencontre du 14 janvier à Sarnia, Harding a téléphoné à Reidt. Il semble donc que Reidt ait aidé Harding à prendre contact avec Douglas.

La preuve confirme nettement que Reidt était l'associé de Harding et non un fournisseur. Il était son associé au sens de ce que le milieu du trafic de drogues appelle «la prise de contact» entre l'acheteur et le vendeur ou le fournisseur. Il est donc évident que la preuve ne montre absolument pas que Reidt et les appelants étaient des concurrents. D'après le témoignage de Myny, il semble que, pour la première phase, Myny était l'acheteur, les agents de liaison étaient Harding et Reidt et le vendeur devait être un



once again the buyer, Harding and Reidt were again the "connect" and the supplier or seller was to be the appellants.

There is no question that Reidt was, at least to some extent, implicated in the Phase II conspiracy. Clearly, it is not incumbent upon the Crown to prove the involvement of every member alleged to be part of the conspiracy. Even if he were not involved, the conspiracy charged was proved. If the conspiracy proven includes fewer members than the number of accused or extends over only part of the period alleged, then the conspiracy proven can still be said to be the same conspiracy as that charged in the indictment. In order to find that a specific conspiracy lies within the scope of the indictment, it is sufficient if the evidence adduced demonstrates that the conspiracy proven included some of the accused, establishes that it occurred at some time within the time frame alleged in the indictment, and had as its object the type of crime alleged. This point was very well made by Groberman in the article "The Multiple Conspiracies Problem in Canada" (1982), 40 *U.T. Fac. L. Rev.* 1, at pp. 9-10:

Unless the indictment is unusually precise, it will normally merely specify the type of offence that was the subject of the agreement, and the persons alleged to have been involved, along with a period of time over which the conspiracy is alleged to have occurred. Even if the conspiracy proven includes fewer members than the number of accused charged, or extends over only part of the period alleged, the conspiracy charged can be said to be the same conspiracy as that proven. Thus, in order for a specific conspiracy to lie within the scope of the indictment, it is only necessary for it to have included some of the accused, occurred at some time within the span alleged in the indictment, and had as its object the type of crime alleged.

It follows that the conspiracy charged could be established even without proof that the conspiracy involved Reidt. It was sufficient for the Crown to prove that Harding, Douglas and Douris agreed, or conspired to traffic in cocaine during the time period alleged.

fournisseur de la Floride. Dans la deuxième phase, Myny était encore une fois l'acheteur, Harding et Reidt étaient encore les agents de liaison et les fournisseurs ou les vendeurs devaient être les appelants.

Il n'y a pas de doute que Reidt était, du moins dans une certaine mesure, impliqué dans la deuxième phase du complot. À l'évidence, il n'incombe pas au ministère public de prouver la participation de chacun des comploteurs. Même s'il n'y a pas participé, le complot imputé a été prouvé. Si le complot dont la preuve est faite met en cause un nombre de personnes inférieur au nombre des accusés ou ne s'est produit que durant une partie seulement de la période indiquée, dans ce cas le complot prouvé peut tout de même être assimilé à celui imputé dans l'acte d'accusation. Pour conclure qu'un complot donné est visé par l'acte d'accusation, il suffit que la preuve produite démontre que le complot prouvé met en cause certains des accusés; qu'il a eu lieu au cours de la période indiquée dans l'acte d'accusation; que son objet était le type d'infraction imputé. Groberman fait une remarque très judicieuse sur ce point dans son article intitulé «The Multiple Conspiracies Problem in Canada» (1982), 40 *U.T. Fac. L. Rev.* 1, aux pp. 9 et 10:

[TRADUCTION] Habituellement, à moins d'être exceptionnellement précis, le texte de l'acte d'accusation spécifie seulement le type d'infraction qui était l'objet de l'entente, le nom des participants allégués, ainsi que la période durant laquelle le complot se serait déroulé. Même si le complot prouvé vise un nombre de personnes inférieur au nombre des accusés mentionnés, ou s'il n'a eu lieu que durant une partie seulement de la période indiquée, on peut dire que le complot imputé est assimilable à celui qui a été prouvé. Par conséquent, pour qu'un complot donné soit visé par l'acte d'accusation, il suffit qu'il mette en cause certains des accusés, qu'il se soit produit au cours de la période mentionnée dans l'acte d'accusation et que son objet ait été le type de crime allégué.

Il s'ensuit que le complot imputé pourrait être prouvé même si la preuve de la participation de Reidt n'avait pas été faite. Il suffisait que le ministère public établisse que Harding, Douglas et Douris s'étaient entendus ou avaient comploté pour faire le trafic de la cocaïne durant la période mentionnée.

There is another factor which is appropriate to take into account. This Court has held that the opening address is a factor to be taken into account in construing the indictment; *Cotroni, supra, per* Dickson J. at pp. 285-86. In its opening address at the first trial, the Crown stated that it was relying on the January 14 meeting. It is true that the new trial constituted a new beginning. Yet, in this case, the Crown made a very short opening statement at the second trial. The opening referred to the first trial and that, as a result of the decision of the Court of Appeal, the jurisdictional argument was no longer available to the defence. Reference was made to the section of the *Criminal Code* relied upon and the two principal witnesses to be called. The greatest portion of the very brief opening was taken up with a request for defence counsel to make known their position with regard to the wire-tap evidence. No details were given and, particularly, no reference was made to the meeting in Sarnia.

In these circumstances, where the Crown stated the essence of the conspiracy relied on at the first trial and omitted to make any such statement, whether consistent or inconsistent with that given at the first trial, at the second trial the Crown is bound by the position it had taken in its opening at the first trial. This position, as summarized by Salhany J. in his reasons, was that the Crown was relying on the January 14 Sarnia meeting to establish the conspiracy. The appellants were entitled to rely upon the position thus adopted by the Crown. It would have been unfair and unacceptable for the Crown, without special notice to the defence, to have changed its position in this regard. That opening in which the Crown stated it was relying upon the Sarnia meeting of January 14 clearly indicated that the conspiracy the Crown sought to establish was that entered into by the appellants with Harding and Myny; that is to say, the Phase II conspiracy.

In summary, the wording of the indictment, the opening at the first trial and the evidence adduced at both trials reveal that the Crown proved the conspiracy charged: the Phase II conspiracy. The time frame

Il est opportun de prendre un autre facteur en considération. Notre Cour a décidé qu'il fallait tenir compte de l'exposé introductif dans l'interprétation de l'acte d'accusation (*Cotroni*, précité, le juge Dickson, aux pp. 285 et 286). Au cours de son exposé introductif, le ministère public a dit s'appuyer sur la rencontre du 14 janvier. Il est vrai qu'au second procès, tout devait reprendre au début. Néanmoins, le ministère public a fait en l'espèce un exposé très bref au début du second procès. L'exposé mentionnait le premier procès et soulignait que, par suite de la décision de la Cour d'appel, la défense ne pouvait pas avancer l'argument relatif à la compétence. L'exposé faisait état de l'article du *Code criminel* invoqué et des deux principaux témoins qui seraient cités à comparaître. La majeure partie de cet exposé très bref a été consacré à une demande présentée par les avocats de la défense en vue de faire connaître leur position touchant la preuve découlant de l'écoute électronique. Aucun détail n'a été fourni et, surtout, aucune mention n'a été faite de la rencontre de Sarnia.

Vu les circonstances, puisque le ministère public a exposé au cours du premier procès en quoi consistait essentiellement le complot reproché et a omis, lors du second procès, de faire une déclaration de cette nature, compatible ou non avec celle faite au cours du premier procès, le ministère public est lié par la position qu'il a exposée au début du premier procès. Cette position, résumée par le juge Salhany dans ses motifs, était que le ministère public faisait reposer l'accusation de complot sur la rencontre du 14 janvier à Sarnia. Les appelants pouvaient donc à bon droit tenir pour acquis que telle était la thèse du ministère public. Il aurait été inéquitable et inacceptable que le ministère public modifie sa thèse à cet égard sans en aviser la défense. Cet exposé introductif, dans lequel le ministère public a déclaré que l'accusation reposait sur la rencontre qui avait eu lieu à Sarnia le 14 janvier, indiquait clairement que le complot qu'il cherchait à prouver était le complot tramé par les appelants avec Harding et Myny, c'est-à-dire le complot de la deuxième phase.

En résumé, le libellé de l'acte d'accusation, l'exposé introductif du premier procès et la preuve présentée au cours des deux procès établissent que le ministère public a prouvé le complot imputé, le com-

indicated in the indictment is not unreasonable, especially when one considers when Myny commenced the undercover operation. The places specifically referred to in it can only refer to the Phase II conspiracy. The reference made to "elsewhere in the Province of Ontario" does not open up the indictment to an interpretation that the appellants were co-conspirators in the Phase I conspiracy.

The evidence of Phase I and Phase III adduced at both trials does not mean that the Crown was charging a conspiracy broader than Phase II. Such evidence was important as background to the conspiracy actually charged. The evidence clearly established that Reidt assisted Harding during Phase II and was not the appellants' competitor. As well, the opening statement at the first trial, which in these circumstances the appellants are entitled to rely on, indicated that the Crown was relying heavily on the January 14 Sarnia meeting. Lastly, the evidence called at the second trial which closely followed that called at the first trial, clearly established that the appellants conspired to traffic in cocaine.

The Crown has proven the conspiracy charged and that the appellants were adequately informed of the charge against them. Although it is not in any way necessary to the decision, I would note that the appellants did not at any time request particulars of the indictment.

In my view, the decision in *Cotroni, supra*, supports this conclusion. It will be remembered that in that case four people, Swartz, Papalia, Cotroni and Violi were charged with conspiring with each other, in the County of York and elsewhere in Ontario, to have possession of \$300,000, knowing it was obtained by the commission in Canada of the indictable offence of extortion. At trial in Ontario, two conspiracies were proven: the first involved Swartz and Papalia, the second Cotroni and Violi. It was held that, although the language of the indictment might well be broad enough to include both conspiracies,

plot de la deuxième phase. La période mentionnée dans l'acte d'accusation n'est pas déraisonnable, surtout si l'on tient compte de la date à laquelle Myny a commencé l'opération d'infiltration. Les lieux qui y sont spécifiés ne peuvent se rapporter qu'au complot de la deuxième phase. L'emploi de l'expression «ailleurs dans la province d'Ontario» ne permet pas d'interpréter l'acte d'accusation comme signifiant que les appellants avaient participé au complot de la première phase.

La preuve relative à la première et à la troisième phases, qui a été produite au cours des deux procès, ne signifie pas que le ministère public imputait aux accusés un complot plus étendu que le complot de la deuxième phase. L'importance de cette preuve tenait à la nécessité d'établir le contexte du complot imputé. La preuve a montré nettement que Reidt avait aidé Harding durant la deuxième phase et qu'il n'était pas le concurrent des appellants. De la même façon, l'exposé introductif du premier procès sur lequel, étant donné les circonstances, les appellants étaient en droit de s'appuyer, indiquait que le ministère public faisait reposer l'accusation en grande partie sur la rencontre tenue à Sarnia le 14 janvier. Pour terminer, la preuve présentée au second procès, qui suivait de près la preuve présentée au cours du premier procès, établissait nettement que les appelants avaient comploté pour faire le trafic de la cocaïne.

Le ministère public a prouvé le complot imputé et les appelants ont été renseignés adéquatement sur l'infraction qui leur était reprochée. Bien que cela ne soit absolument pas nécessaire pour trancher le pourvoi, je ferai observer que les appelants n'ont à aucun moment demandé de détails sur l'acte d'accusation.

À mon avis, l'arrêt *Cotroni*, précité, appuie cette conclusion. On se souviendra que, dans cette affaire, quatre personnes, soit Swartz, Papalia, Cotroni et Violi, avaient été accusées d'avoir comploté ensemble, dans le comté de York et ailleurs dans la province d'Ontario, pour prendre possession de 300 000 \$, en sachant que cette somme avait été obtenue par la perpétration au Canada de l'acte criminel d'extorsion. Au procès, tenu en Ontario, deux complots avaient été prouvés; le premier mettait en cause Swartz et Papalia, le second, Cotroni et Violi. Il a été décidé que, bien que les termes de l'acte d'accusation

the second conspiracy took place only in Quebec and nothing was done in furtherance of it within Ontario. As a result, it was found that Ontario had no jurisdiction in respect to it and, therefore, it had to be inferred that it was not the conspiracy referred to in the indictment.

Nonetheless, it was found that Papalia and Swartz conspired as charged and the conviction against Papalia was upheld. Thus, even though two conspiracies were proven at trial, it was found that the conspiracy charged against Swartz and Papalia was proven. So too, in the case at bar the conspiracy charged against the appellants was proven, although two conspiracies were proven at the trial.

#### Conclusion

In the result, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Toronto.*

soient peut-être assez larges pour comprendre les deux complots, le second complot s'était déroulé entièrement dans la province de Québec et rien n'avait été fait en Ontario pour atteindre l'objet qu'il visait. Par voie de conséquence, la Cour a conclu que l'Ontario n'avait aucune compétence sur ce complot et il fallait donc en déduire que ce n'était pas le complot mentionné dans l'acte d'accusation.

Pourtant, il a été décidé que Papalia et Swartz avaient comploté de la manière décrite dans l'accusation et la déclaration de culpabilité prononcée contre Papalia a été confirmée. Ainsi, bien que deux complots aient été prouvés au procès, il a été décidé que le complot imputé à Swartz et à Papalia avait été prouvé. Ainsi également, en l'espèce, le complot imputé aux appelants a été prouvé, bien que deux complots aient été prouvés au procès.

#### Conclusion

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Toronto.*

**Les Immeubles Port Louis Ltée** Appellant

v.

**Corporation municipale du Village de Lafontaine** Respondent

INDEXED AS: IMMEUBLES PORT LOUIS LTÉE v. LAFONTAINE (VILLAGE)

File No.: 20942.

1990: April 27; 1991: February 28.

Present: Lamer C.J.\* and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Municipal law — Loan by-laws — Insufficiency of public notices convening electors — Direct action in nullity — Disputed by-laws in effect for over five years — Whether Superior Court had discretion to dismiss action for lateness — If so, whether court validly exercised its jurisdiction — Municipal Code, arts. 684a, 758 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 33.*

*Civil procedure — Direct action in nullity — Disputed municipal by-laws in effect for over five years — Time within which remedy available — Discretionary nature of remedy — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 33.*

Between 1969 and 1978 the respondent adopted loan by-laws to defray certain local improvement costs. Each of the by-laws provided that part of the costs of certain work would be covered by a special tax on the owners of property in a given sector of the municipality. In 1977 the appellant purchased land located in a sector affected by the loan by-laws. The contract of sale provided that the appellant undertook to pay general and special municipal taxes, including "all future instalments of special taxes, the payment whereof has been spread over a number of years". In 1983 the appellant brought an action under art. 33 C.C.P. to quash the loan by-laws and recover taxes wrongly paid for 1978 to 1983, arguing mainly that the respondent had not complied with the necessary formalities for adoption of these by-laws. Article 758 of the *Municipal Code* provided that in order to come into force and effect, a loan

\* Chief Justice at the time of judgment.

**Les Immeubles Port Louis Ltée** Appellante

c.

**Corporation municipale du Village de Lafontaine** Intimée

RÉPERTORIÉ: IMMEUBLES PORT LOUIS LTÉE c. LAFONTAINE (VILLAGE)

N° du greffe: 20942.

1990: 27 avril; 1991: 28 février.

Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit municipal — Règlements d'emprunt — Insuffisance des avis publics de convocation des électeurs — Action directe en nullité — Règlements contestés en vigueur depuis plus de cinq ans — La Cour supérieure avait-elle discrétion pour rejeter l'action pour motif de tardiveté? — Dans l'affirmative, la cour a-t-elle valablement exercé sa discrétion? — Code municipal, art. 684a, 758 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33.*

*Procédure civile — Action directe en nullité — Règlements municipaux contestés en vigueur depuis plus de cinq ans — Délai d'exercice du recours — Nature discrétionnaire du recours — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33.*

De 1969 à 1978, l'intimée a adopté des règlements d'emprunt afin de défrayer certains coûts d'améliorations locales. Chacun des règlements prévoyait qu'une partie des coûts de certains travaux devrait être supportée au moyen d'une taxe spéciale par les propriétaires d'immeubles d'un secteur donné de la municipalité. En 1977, l'appelante a fait l'acquisition d'un terrain situé dans un secteur visé par les règlements d'emprunt. Le contrat de vente stipulait que l'appelante s'engageait à payer les taxes municipales générales et spéciales, y compris «tous les versements futurs de taxes spéciales dont le paiement a été étalé sur un certain nombre d'années». En 1983, l'appelante a intenté, en vertu de l'art. 33 C.p.c., une action en nullité des règlements d'emprunt et en répétition des taxes spéciales indûment payées pour les années 1978 à 1983, alléguant principalement que l'intimée n'avait pas suivi les for-

\*Juge en chef à la date du jugement.

by-law had to be approved by “the municipal electors who are owners of taxable immoveables” at a public meeting held on or before the thirtieth day after the date of the passing of the by-law, and that such electors must have received a “notice of convocation of at least ten clear days”. The lots owned by the appellant were not even mentioned in most of the disputed notices of convocation. The Superior Court dismissed the direct action in nullity for lateness. The trial judge held that despite the thirty-year prescription of the direct action in nullity, the Superior Court can exercise its discretion and refuse to intervene if the complainant has demonstrated a lack of diligence in making his complaint. The judge concluded that the action was not brought within a reasonable time as the clause in the contract of sale and the payment of improvement taxes showed that the appellant had known of the by-laws for over five years. The Court of Appeal, in a majority judgment, affirmed the Superior Court judgment.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The adoption of the disputed by-laws is not in accordance with the provisions of the *Municipal Code*. Both before and after the 1979 legislative amendment, art. 684a empowered the respondent to impose a special tax on the appellant without assuming part of the cost, but the respondent did not comply with the requirements of art. 758 regarding public notices convening electors. Most of the disputed notices did not indicate the appellant’s immovable property as being among those to which the loan by-laws applied. The description contained in the notices was therefore clearly insufficient. By not giving it notice of a meeting, the municipality denied the appellant its right to be heard and neglected to seek and obtain the approval required by law. The group of owners of taxable immovable property was an essential part of the regulatory process.

The insufficiency of the public notices convening electors is a serious illegality relating to the municipality’s failure to observe the formalities required by law. This illegality involves observance of the *audi alteram partem* rule and the exercise of the appellant’s voting right. It is thus beyond question that the appellant could attack the validity of the loan by-laws through a direct action in nullity, since this is neither a mere irregularity nor a formal defect. However, apart from a case where there is a total absence of jurisdiction, a judge may refuse to grant the relief sought if, in view of the cir-

malités essentielles à l’adoption de ces règlements. L’article 758 du *Code municipal* disposait que pour entrer en vigueur et devenir exécutoire, un règlement d’emprunt devait être approuvé par les «électeurs municipaux propriétaires d’immeubles imposables» à une assemblée publique tenue au plus tard le trentième jour de la date de l’adoption du règlement alors que ces électeurs devaient avoir reçu un «avis de convocation d’au moins dix jours francs». Or, les lots dont l’appelante était propriétaire n’étaient même pas mentionnés dans la plupart des avis de convocation contestés. La Cour supérieure a rejeté l’action directe en nullité pour motif de tardiveté. Le premier juge a déclaré que malgré la prescription trentenaire de l’action directe en nullité, la Cour supérieure peut exercer sa discrétion et refuser d’intervenir si le plaignant a fait preuve d’un manque de diligence dans la contestation. Le juge a conclu que l’action n’avait pas été intentée dans un délai raisonnable, la clause au contrat de vente et le paiement des taxes d’amélioration démontrant que l’appelante avait connaissance des règlements depuis plus de cinq ans. La Cour d’appel, à la majorité, a confirmé le jugement de la Cour supérieure.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

L’adoption des règlements contestés n’est pas conforme aux dispositions du *Code municipal*. L’article 684a, avant comme après la modification législative de 1979, permettait à l’intimée d’imposer une taxe spéciale à l’appelante sans en assumer les coûts en partie, mais l’intimée n’a pas satisfait aux conditions de l’art. 758 concernant les avis publics de convocation des électeurs. La plupart des avis contestés n’indiquaient pas les immeubles de l’appelante parmi ceux visés par les règlements d’emprunt. La désignation contenue aux avis était donc nettement insuffisante. En ne lui donnant pas d’avis d’assemblée, on a nié à l’appelante son droit d’être entendue et on a négligé de demander et d’obtenir une approbation requise par la loi. Le groupe des propriétaires d’immeubles imposables constituait une composante essentielle du processus réglementaire.

L’insuffisance des avis publics de convocation des électeurs constitue une illégalité grave qui porte sur l’inobservation par la municipalité de formalités requises par la loi. Cette illégalité met en cause le respect de la règle *audi alteram partem* et l’exercice du droit de vote de l’appelante. Il est donc indéniable, à première vue, que l’appelante pouvait attaquer la validité des règlements d’emprunt par une action directe en nullité puisqu’il ne s’agit ni d’une simple irrégularité ni d’une informalité. Cependant, sauf le cas d’absence totale de compétence, le juge peut refuser d’accorder le redresse-

cumstances, he considers it justified to do so. This discretionary power to grant or deny such a remedy is inherent in the reforming jurisdiction of the Superior Court pursuant to art. 33 *C.C.P.* As the remedy is discretionary in nature, and despite the thirty-year prescription provided for in art. 2242 *C.C.L.C.*, the direct action in nullity must be brought within a reasonable time. The requirement of a reasonable time is still present under common law principles in the exercise of this remedy.

A judge hearing a direct action in nullity must exercise his power of review in a judicial manner and observe the established principles of law. He cannot act in a purely arbitrary manner. In exercising his discretion, the judge must take into account a number of factors, including the nature of the disputed act and the nature of the illegality committed and its consequences. He must also take into account the causes of the delay between the disputed act and the bringing of the action. The nature of the right relied on and the plaintiff's behaviour are other factors relevant to the exercise of the Superior Court's discretionary power. The plaintiff may be called on to justify his inaction so that the Superior Court can assess whether the delay in exercising his right was reasonable.

In this case the trial judge was right in exercising his discretion and dismissing the action in view of the circumstances and the relative importance of the nullity relied on. The case did not involve a lack of jurisdiction or even a defect affecting the overall exercise by the respondent of its powers. The matter was completely within the respondent's authority. What was actually involved was rather a defect in the exercise of this power, the failure to give prior notice to certain persons. These were the only persons affected, and in this sense the failure can be described as a relative nullity. Finally, it was open to the trial judge in exercising his discretion to take the appellant's behaviour into account including its lack of diligence in exercising its rights.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec v. Pillin*, [1983] C.A. 277; *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, [1962] Que. Q.B. 914, aff'd [1964] S.C.R. 552; *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire Inc. v. Ville de St-Césaire*, [1985] C.S. 35, aff'd [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.); *City of Beaconsfield v. Bagosy* (1974), [1982] J.M. 92; *Trudeau v. Devost*, [1942] S.C.R. 257; *Dechêne v. City of Montreal*, [1894] A.C. 640; *Shannon Realities, Ltd. v. Ville de*

ment recherché, si, eu égard aux circonstances, il estime justifié de le faire. Ce pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser un tel recours est inhérent à la juridiction de contrôle que possède la Cour supérieure en vertu de l'art. 33 *C.p.c.* Vu la nature discrétionnaire du recours, et malgré la prescription trentenaire prévue à l'art. 2242 *C.c.B.-C.*, l'action directe en nullité doit être exercée dans un délai raisonnable. L'exigence du délai raisonnable subsiste dans l'exercice de ce recours en vertu des principes de common law.

Le juge saisi d'une action directe en nullité doit exercer judiciairement son pouvoir de contrôle et respecter les principes de droit établis. Il ne peut agir de façon purement arbitraire. Dans l'exercice de sa discrétion, le juge doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs, entre autres, de la nature de l'acte attaqué et de la nature de l'illégalité commise et ses conséquences. Il doit également tenir compte des causes du délai entre l'acte attaqué et l'institution de l'action. La nature du droit invoqué et le comportement du demandeur sont d'autres facteurs pertinents à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour supérieure. Le demandeur peut être appelé à expliquer son inaction de façon à ce que la Cour supérieure puisse évaluer le caractère raisonnable du délai d'exercice de son droit.

En l'espèce, le juge de première instance a eu raison d'exercer sa discrétion et de rejeter l'action eu égard aux circonstances et à l'importance relative de la nullité invoquée. Il ne s'agissait pas d'un cas d'absence de compétence, ni même d'un vice touchant à l'exercice global par l'intimée de ses pouvoirs. La matière était sous l'autorité entière de l'intimée. Il s'agissait plutôt d'un vice dans l'exercice de ce pouvoir, soit le défaut de préavis à certaines personnes. Ces personnes étaient les seules lésées et, en ce sens, ce défaut pourrait être qualifié de nullité relative. Enfin, il était loisible au juge du procès dans l'exercice de sa discrétion de tenir compte du comportement de l'appelante et de son manque de diligence à faire valoir ses droits.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec c. Pillin*, [1983] C.A. 277; *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, [1962] B.R. 914, conf. [1964] R.C.S. 552; *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire Inc. c. Ville de St-Césaire*, [1985] C.S. 35, conf. [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.); *City of Beaconsfield c. Bagosy* (1974), [1982] J.M. 92; *Trudeau v. Devost*, [1942] R.C.S. 257; *Dechêne v. City of Montreal*, [1894] A.C. 640; *Shannon Realities, Ltd. v. Ville de St.*

*St. Michel*, [1924] A.C. 185; *Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie*, [1924] S.C.R. 511; *Tremblay v. Corporation des Éboulements* (1923), 35 Que. K.B. 474; *Corporation de la paroisse de St-Joseph de Maskinongé v. Boucher* (1926), 41 Que. K.B. 359; *Ville de La Tuque v. Desbiens* (1919), 30 Que. K.B. 20; *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Montreal Light, Heat & Power Cons. v. City of Westmount*, [1926] S.C.R. 515; *Soeurs Dominicaines de l'Enfant-Jésus v. Corporation de la paroisse de St-Colomb-de-Sillery* (1928), 45 Que. K.B. 101; *Brown v. Corporation of the Village of Asbestos* (1929), 67 C.S. 531; *Thériault v. Corporation de la Paroisse de Notre-Dame du Lac* (1903), 9 R. de J. 326; *Ville de Beaconsfield v. Brunet* (1920), 31 Que. K.B. 196; *Corporation de la Rivière du Gouffre v. Larouche* (1925), 39 Que. K.B. 267; *Corporation du village de St-Ulric de la Rivière Blanche v. Corporation du comté de Matane* (1924), 38 Que. K.B. 247; *Corporation de St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] Que. K.B. 475; *Beauchamp v. Cité d'Outremont*, [1970] C.A. 286; *Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861; *Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.* (1903), 13 Que. K.B. 19; *Corporation municipale du Village de Ste-Anne-du-Lac v. Hogue*, [1959] S.C.R. 38; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Théberge c. Métabetchouan (Town)*, [1987] 2 S.C.R. 746; *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512; *Eaton v. St. James Assiniboia Community Committee*, [1974] 2 W.W.R. 342; *Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon* (1920), 61 S.C.R. 40; *Desy v. Corporation de St-Constant* (1923), 36 Que. K.B. 202; *Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 607; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Vachon v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555; *Côté v. Corporation of the County of Drummond*, [1924] S.C.R. 186; *Sidbec-Dosco Inc. v. Commission de la santé et de la sécurité au travail*, [1987] R.J.Q. 197; *Québec (Procureur général) v. Giroux*, [1988] R.J.Q. 1774; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011; *Regina v. Aston University Senate, Ex parte Roffey*, [1969] 2 Q.B. 538; *Regina v. Herrod, Ex parte Leeds City District Council*, [1976] Q.B. 540; *The Queen v. Sheward* (1880), 5 Q.B.D. 179, aff'd (1880), 9 Q.B.D. 741 (C.A.); *Rex v. Glamorganshire Appeal Tribunal, Ex parte Fricker* (1917), 33 T.L.R. 152; *Rex v. Stafford Justices, Ex parte Stafford Corporation*, [1940] 2 K.B. 33; *Soeurs de Jeanne-d'Arc v. Aqueduc de Sillery* (1929), 47 Que. K.B. 235; *Samson v. Ville de St-Bruno de Montarville*, [1981] C.A. 193; *Corporation*

*Michel*, [1924] A.C. 185; *Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie*, [1924] R.C.S. 511; *Tremblay v. Corporation des Éboulements* (1923), 35 B.R. 474; *Corporation de la paroisse de St-Joseph de Maskinongé v. Boucher* (1926), 41 B.R. 359; *Ville de La Tuque v. Desbiens* (1919), 30 B.R. 20; *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Ste-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Montreal Light, Heat & Power Cons. v. City of Westmount*, [1926] R.C.S. 515; *Soeurs Dominicaines de l'Enfant-Jésus v. Corporation de la paroisse de St-Colomb-de-Sillery* (1928), 45 B.R. 101; *Brown v. Corporation of the Village of Asbestos* (1929), 67 C.S. 531; *Thériault v. Corporation de la Paroisse de Notre-Dame du Lac* (1903), 9 R. de J. 326; *Ville de Beaconsfield v. Brunet* (1920), 31 B.R. 196; *Corporation de la Rivière du Gouffre v. Larouche* (1925), 39 B.R. 267; *Corporation du village de St-Ulric de la Rivière Blanche v. Corporation du comté de Matane* (1924), 38 B.R. 247; *Corporation de St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] B.R. 475; *Beauchamp c. Cité d'Outremont*, [1970] C.A. 286; *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861; *Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.* (1903), 13 B.R. 19; *Corporation municipale du Village de Ste-Anne-du-Lac v. Hogue*, [1959] R.C.S. 38; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Théberge c. Métabetchouan (Ville)*, [1987] 2 R.C.S. 746; *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512; *Eaton v. St. James Assiniboia Community Committee*, [1974] 2 W.W.R. 342; *Boily c. Corporation de St-Henri de Taillon* (1920), 61 R.C.S. 40; *Desy c. Corporation de St-Constant* (1923), 36 B.R. 202; *Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Vachon c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555; *Côté v. Corporation of the County of Drummond*, [1924] R.C.S. 186; *Sidbec-Dosco Inc. c. Commission de la santé et de la sécurité au travail*, [1987] R.J.Q. 197; *Québec (Procureur général) c. Giroux*, [1988] R.J.Q. 1774; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011; *Regina v. Aston University Senate, Ex parte Roffey*, [1969] 2 Q.B. 538; *Regina v. Herrod, Ex parte Leeds City District Council*, [1976] Q.B. 540; *The Queen v. Sheward* (1880), 5 Q.B.D. 179, conf. (1880), 9 Q.B.D. 741 (C.A.); *Rex v. Glamorganshire Appeal Tribunal, Ex parte Fricker* (1917), 33 T.L.R. 152; *Rex v. Stafford Justices, Ex parte Stafford Corporation*, [1940] 2 K.B. 33; *Soeurs de Jeanne-d'Arc v. Aqueduc de Sillery* (1929), 47 B.R. 235; *Samson c. Ville de St-Bruno de Montarville*, [1981] C.A. 193; *Corporation municipale de la Cité de Sept-Îles c. Rioux*, [1985] C.A. 295; *Manitoba*



*municipale de la Cité de Sept-Îles c. Rioux*, [1985] C.A. 295; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110.

(*Procureur général*) *c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting Municipal Taxation*, R.S.Q., c. F-2.1 [formerly S.Q. 1979, c. 72], s. 3.  
*Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, ss. 11, 397 *et seq.*  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 2242.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 33, 453, 834 *et seq.*  
*Municipal Code*, arts. 14, 684a [ad. 1963, c. 65, s. 8; am. 1968, c. 86, s. 38; repl. 1979, c. 36, s. 49], 758 [repl. 1963, c. 65, s. 10; am. 1975, c. 82, s. 35], 697 [am. 1946, c. 55, s. 14; 1950, c. 74, s. 11; 1979, c. 72, s. 291].  
*Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1, arts. 689 *et seq.*, 979.

### a Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 2242.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 33, 453, 834 *et suiv.*  
*Code municipal*, art. 14, 684a [aj. 1963, ch. 65, art. 8; mod. 1968, ch. 86, art. 38; rempl. 1979, ch. 36, art. 49], 758 [repl. 1963, ch. 65, art. 10; mod. 1975, ch. 82, art. 35], 697 [mod. 1946, ch. 55, art. 14; 1950, ch. 74, art. 11; 1979, ch. 72, art. 291].  
*Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1, art. 689 *et suiv.*, 979.  
*Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1 [auparavant L.Q. 1979, ch. 72], art. 3.  
*Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, art. 11, 397 *et suiv.*

### Authors Cited

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.  
 Chevrette, François et Herbert Marx. *Droit constitutionnel*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.  
 de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.  
 Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 1885.  
 Dussault, René et Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 4. Translated by Donald Breen. Toronto: Carswells, 1990.  
 Evans, J. M. et al. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 3rd ed. Toronto: Emond-Montgomery, 1989.  
 L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. 2. Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1984.  
 Le Dain, Gerald E. "The Supervisory Jurisdiction in Québec" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 788.  
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratifs*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.  
 Rousseau, Gilles. "Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal" (1986), 46 *R. du B.* 627.  
 Théroux, Patrick. "La notion de délai raisonnable dans l'exercice d'un recours par voie d'action directe en nullité sous l'article 33 C.p.c.". Dans Formation

### Doctrine citée

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.  
 Chevrette, François et Herbert Marx. *Droit constitutionnel*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.  
 de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.  
 Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 1885.  
 Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. III, 2<sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.  
 Evans, J. M. et al. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 3rd ed. Toronto: Emond-Montgomery, 1989.  
 L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. 2. Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1984.  
 Le Dain, Gerald E. "The Supervisory Jurisdiction in Québec" (1957), 35 *R. du B. can.* 788.  
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratifs*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.  
 Rousseau, Gilles. "Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal" (1986), 46 *R. du B.* 627.  
 Théroux, Patrick. «La notion de délai raisonnable dans l'exercice d'un recours par voie d'action directe en nullité sous l'article 33 C.p.c.». Dans Formation per-

permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, vol. 2. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEAL from a decision of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 1239, 23 Q.A.C. 173, affirming a judgment of the Superior Court, J.E. 85-474. Appeal dismissed.

*Jean-Jacques Rainville and Mario St-Pierre*, for the appellant.

*Stéphane Sansfaçon and Albert Prévost*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—This case concerns, first, the legal consequences of a municipal corporation's failure to give certain owners of lots affected the required notices of the adoption of loan by-laws to cover local improvements, and second, the action in nullity under art. 33 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, the time in which it can be exercised and the discretion existing in this regard.

#### I—Facts and Proceedings

Between 1969 and 1978 the respondent adopted various loan by-laws to defray certain local improvement costs. They concerned chiefly sewer, water supply and roadway work. Each of the by-laws provided that part of the costs of certain work would be covered by a special tax on the owners of property in a given sector of the municipality, including the appellant.

In 1977 the appellant purchased immovable property in the respondent's village. This land was located in a sector affected by the loan by-laws. No building had been built or was served by the municipal water supply or sewer work which was the subject of the by-laws. The contract of sale contained the following clause:

manente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, vol. 2. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 1239, 23 Q.A.C. 173, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 85-474. Pourvoi rejeté.

*Jean-Jacques Rainville et Mario St-Pierre*, pour l'appelante.

*Stéphane Sansfaçon et Albert Prévost*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Le présent litige porte d'une part, sur les conséquences juridiques du défaut d'une corporation municipale de donner à certains propriétaires de lots affectés, les avis requis à l'adoption de règlements d'emprunt à l'égard d'améliorations locales et d'autre part, sur le recours en nullité de l'art. 33 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, le délai pour l'exercer et la discrétion à cet égard.

#### I—Les faits et procédures

De 1969 à 1978, l'intimée a adopté divers règlements d'emprunt afin de défrayer certains coûts d'améliorations locales. Il s'agissait principalement de travaux d'égout, d'aqueduc et de voirie. Chacun des règlements prévoyait qu'une partie des coûts de certains travaux devrait être supportée au moyen d'une taxe spéciale par les propriétaires d'immeubles d'un secteur donné de la municipalité, dont l'appelante.

En 1977 l'appelante a fait l'acquisition d'un immeuble dans le village de l'intimée. Ce terrain était situé dans un secteur affecté par les règlements d'emprunt. Aucune bâtisse n'était construite ni desservie par les travaux municipaux d'aqueduc ou d'égout qui faisaient l'objet des règlements. Le contrat de vente contenait la clause suivante:

The present Sale is thus made subject to the following terms and conditions, which the Purchaser binds and obliges itself to fulfil, namely:—

2. To pay all taxes and assessments affecting the said property, both municipal and school, general and special, and including all future instalments of special taxes, the payment whereof has been spread over a number of years, as and from the Thirtieth day of September, Nineteen Hundred and Seventy-Seven. [Emphasis added.]

Between 1978 and 1983 the appellant paid the basic municipal taxes and the additional taxes for local improvements. The taxes in the latter category totalled \$136,354.46.

In 1983 the appellant brought an action under art. 33 of the *Code of Civil Procedure* to quash the loan by-laws and recover taxes wrongly paid for 1978 to 1983. It argued mainly that the respondent had not complied with the necessary formalities for adoption of the said by-laws. It added that the respondent had abused its taxing powers and that it had paid the taxes for which it was claiming reimbursement by error of law and solely in reliance on the tax bills it had been sent.

In defence the respondent contended that the various loan by-laws challenged by the appellant had been adopted for municipal infrastructure work affecting the appellant's property; that it had been aware of these facts for many years and had never objected; and that the notices given by the respondent concerning the by-laws adopted were sufficient and the action was belated.

The Superior Court dismissed the action, J.E. 85-474, and its decision was affirmed by the Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 1239.

## II—Applicable Legislation

The legislative provisions necessary to decide this case are arts. 684a (before and after the 1979 amendment) and 758 (before and after the 1975 amendment) of the *Municipal Code* as well as art. 33 of the *Code of Civil Procedure*.

[TRADUCTION] La présente vente est assujettie aux modalités suivantes que l'acheteur s'engage à respecter, savoir: —

2. Payer toutes les taxes et les cotisations qui se rattachent audit bien-fonds, municipales et scolaires, générales et spéciales, et y compris tous les versements futurs de taxes spéciales, dont le paiement a été étalé sur un certain nombre d'années, à compter du trentième jour de septembre mil neuf cent soixante-dix-sept. [Je souligne.]

Entre 1978 et 1983, l'appelante a payé les taxes municipales de base aussi bien que les taxes additionnelles pour les améliorations locales. Les taxes de cette dernière catégorie totalisaient 136 354,46 \$.

En 1983, l'appelante a intenté une action en vertu de l'art. 33 du *Code de procédure civile* en nullité des règlements d'emprunt et en répétition de taxes indûment payées pour les années 1978 à 1983. Elle soutenait principalement que l'intimée n'avait pas suivi les formalités essentielles à l'adoption desdits règlements. Elle ajoutait que l'intimée avait abusé de ses pouvoirs de taxation et que c'est par erreur de droit et sur la seule foi des comptes de taxes qui lui ont été envoyés qu'elle a payé les taxes dont elle réclame le remboursement.

En défense, l'intimée a alors plaidé que les différents règlements d'emprunt attaqués par l'appelante avaient été adoptés pour des travaux d'infrastructure municipale touchant la propriété de cette dernière; qu'elle était au courant de ces faits depuis plusieurs années et ne s'en était jamais plaint; que les avis donnés par l'intimée relatifs aux règlements adoptés étaient suffisants et que l'action était tardive.

La Cour supérieure a rejeté l'action, J.E. 85-474, et sa décision fut confirmée par la Cour d'appel, [1988] R.J.Q. 1239.

## i II—Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives utiles pour résoudre le présent litige sont les art. 684a (avant et après la modification de 1979) et 758 (avant et après la modification de 1975) du *Code municipal*, ainsi que l'art. 33 du *Code de procédure civile*.

*Municipal Code*

Article 684a determined the municipal council's power to impose a special tax to pay for municipal works. Before the legislative amendment of 1979 it read as follows:

684a. The council may impose the special tax for the payment of municipal works of any kind, including works of maintenance, according to either the municipal valuation or the area or the frontage of the taxable real estate subject to such tax. In the case of lots that are situated at a street corner or are not rectangular, the council may fix the frontage for assessment purposes, taking into account both frontage and area.

The council may also charge the cost of such works either entirely to the corporation or to both the corporation and the ratepayers of one or more portions of the municipality, in the proportions determined by the by-law.

After 1979 art. 684a (the substance of this provision is now contained in art. 979 of the *Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1) read as follows:

684a. The council may impose the special tax for the payment of municipal works of any kind, including works of maintenance, according to either the municipal valuation or the area or the frontage of the taxable real estate subject to such tax. In the case of lots that are situated at a street corner or are not rectangular, the council may fix the frontage for assessment purposes in the manner it deems appropriate.

The council may also charge the cost of such works either entirely to the corporation or to both the corporation and the ratepayers of one or more parts of the municipality or entirely to the ratepayers of one or more parts of the municipality, in the proportions determined by the by-law. [Emphasis added.]

Article 758 laid down procedures for making corporation loan by-laws known to the public. Until 1975 it provided:

758. 1. Corporation loans, by a bond issue or otherwise, and issues of bonds, in payment or for aid, are effected only under a by-law to that effect which, in order to come into force and effect, must be approved

*Code municipal*

L'article 684a fixait le pouvoir du conseil municipal d'imposer une taxe spéciale pour le paiement de travaux municipaux. Le voici tel qu'il se lisait avant la modification législative de 1979:

684a. Le conseil peut imposer la taxe spéciale pour le paiement de travaux municipaux de toute nature, y compris les travaux d'entretien, soit sur la base de l'évaluation municipale, soit sur la superficie, soit sur l'étendue en front des biens-fonds imposables assujettis à cette taxe. Lorsqu'il s'agit de lots qui sont situés à un carrefour ou qui ne sont pas rectangulaires, le conseil peut fixer l'étendue en front pour fins d'imposition, en tenant compte à la fois de l'étendue en front et de la superficie.

Le conseil peut aussi mettre le coût de ces travaux soit entièrement à la charge de la corporation, soit à la fois à sa charge et à celle des contribuables d'une ou de plusieurs parties de la municipalité, dans les proportions que détermine le règlement.

À partir de 1979, l'art. 684a (disposition aujourd'hui reprise dans l'essentiel par l'art. 979 du *Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1) se lisait comme suit:

684a. Le conseil peut imposer la taxe spéciale pour le paiement de travaux municipaux de toute nature, y compris les travaux d'entretien, soit sur la base de l'évaluation municipale, soit sur la superficie, soit sur l'étendue en front des biens-fonds imposables assujettis à cette taxe. Lorsqu'il s'agit de lots qui sont situés à un carrefour ou qui ne sont pas rectangulaires, le conseil peut fixer l'étendue en front à des fins d'imposition, selon la formule qu'il juge appropriée.

Le conseil peut aussi mettre le coût de ces travaux soit entièrement à la charge de la corporation, soit à la fois à sa charge et à celle des contribuables d'une ou plusieurs parties de la municipalité, soit entièrement à la charge des contribuables d'une ou plusieurs parties de la municipalité, dans les proportions que détermine le règlement. [Je souligne.]

L'article 758 prescrivait les procédures de publicité entourant les règlements d'emprunt des corporations. Jusqu'en 1975, il prévoyait ceci:

758. 1. Les emprunts des corporations par émissions de bons ou autrement et les émissions de bons pour fins de paiement ou d'aide ne sont faits que sur un règlement à cet effet qui doit, pour entrer en vigueur et devenir

by the municipal electors who are owners of taxable immoveables, in accordance with this article, and subsequently authorized by the Minister of Municipal Affairs.

2. A public meeting of the municipal electors who are owners of taxable immoveables shall be held after the passing of such by-law, at the place, on the day and at the time fixed by the council for such purpose.

3. Such meeting shall be held between seven and ten o'clock in the evening, on or before the thirtieth day after the date of the passing of the by-law, after the secretary-treasurer has given a notice of convocation of at least ten clear days. [Emphasis added.]

In 1975 an amendment to art. 758 (*An Act to amend the Municipal Code*, S.Q. 1975, c. 82, s. 35) introduced para. 4, which read as follows:

4. The public notice must mention:

(a) the number, the title and the object of the by-law and the date of its adoption by the council; in addition, when the by-law imposes a special tax on the immovables of one sector or zone of the municipality, excluding all or some other zones or sectors, the notice must clearly describe the perimeter of such sector or zone, using, whenever possible, street names or road names or numbers, as the case may be;

#### *Code of Civil Procedure*

33. Excepting the Court of Appeal, the courts within the jurisdiction of the Legislature of Québec, and bodies politic and corporate within Québec are subject to the superintending and reforming power of the Superior Court in such manner and form as by law provided, save in matters declared by law to be of the exclusive competency of such courts or of any one of the latter, and save in cases where the jurisdiction resulting from this article is excluded by some provision of a general or special law.

#### III—Judgments of Courts Below

##### *Superior Court*

Michaud J. first noted that under the *Municipal Code* the action to annul a municipal by-law for illegality is subject to a three-month prescription, while the direct action in nullity under art. 33 of the *Code of Civil Procedure* is subject to the thirty-year pre-

exécutoire, être approuvé par les électeurs municipaux propriétaires d'immeubles imposables, conformément au présent article et subséquentement autorisé par le ministre des affaires municipales.

2. Une assemblée publique des électeurs municipaux propriétaires d'immeubles imposables doit être tenue, après l'adoption d'un tel règlement, au lieu, au jour et à l'heure fixés par le conseil à cette fin.

3. Cette assemblée doit être tenue entre sept heures et dix heures du soir, au plus tard le trentième jour de la date de l'adoption du règlement, après un avis de convocation d'au moins dix jours francs donné par le secrétaire-trésorier. [Je souligne.]

En 1975, une modification à l'art. 758 (*Loi modifiant le Code municipal*, L.Q. 1975, ch. 82, art. 35) fit apparaître le par. 4 qui se lisait ainsi:

4. L'avis public doit mentionner:

a) le numéro, le titre et l'objet du règlement ainsi que la date de son adoption par le conseil; en outre, lorsque le règlement impose une taxe spéciale sur les immeubles d'un secteur ou d'une zone de la municipalité à l'exclusion de tous les autres ou de quelques autres, l'avis doit clairement décrire le périmètre de ce secteur ou de cette zone en utilisant, pour autant que faire se peut, le nom des rues ou les noms ou numéros des chemins, selon le cas;

#### *Code de procédure civile*

33. À l'exception de la Cour d'appel, les tribunaux relevant de la compétence de la Législature du Québec, ainsi que les corps politiques et les corporations au Québec, sont soumis au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, en la manière et dans la forme prescrites par la loi, sauf dans les matières que la loi déclare être du ressort exclusif de ces tribunaux, ou de l'un quelconque de ceux-ci, et sauf dans les cas où la juridiction découlant du présent article est exclue par quelque disposition d'une loi générale ou particulière.

#### III—Les décisions des tribunaux des instances inférieures

##### *Cour supérieure*

Le juge Michaud note d'abord, qu'en vertu du *Code municipal*, le recours en cassation d'un règlement municipal au motif d'illegalité est assujéti à une prescription de trois mois alors que l'action directe en nullité de l'art. 33 du *Code de procédure*

scription of art. 2242 of the *Civil Code of Lower Canada*.

He observed that the appellant had brought the action over five years after the last disputed by-law was adopted and had bought its property knowing of the special taxes, as indicated by the specific clause in the deed of sale. Further, he pointed out that the appellant even wrote the municipality to ask how it could take better advantage of the municipal services.

The trial judge then said that despite the thirty-year prescription of the direct action in nullity, the Superior Court can exercise its discretion and refuse to intervene if the complainant has demonstrated a lack of diligence in making his complaint. After citing various authorities, in particular *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec v. Pillin*, [1983] C.A. 277, *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, [1962] Que. Q.B. 914, aff'd [1964] S.C.R. 552, and *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire Inc. v. Ville de St-Césaire*, [1985] C.S. 35, aff'd [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.), the judge concluded that the action in nullity must be brought within a reasonable time and that it was obviously late in the case at bar. He added that granting annulment more than five years after the most recent by-law had taken effect would compromise the stability of municipal finances.

In the view of the trial judge, the letters sent to the municipal corporation by the appellant, the clause in the contract of sale and the payment of improvement taxes tend to show that the appellant knew of the by-laws long before it brought its action. Consequently, the fact of waiting such a long time before taking action constitutes a tacit waiver of its right to object to the by-laws. He accordingly dismissed the action.

#### *Court of Appeal*

##### Lévesque J. (ad hoc)

Lévesque J. reduced the case to two issues which the Superior Court judge did not have to consider in depth (at p. 1240):

*civile* est soumise à la prescription trentenaire de l'art. 2242 du *Code civil du Bas-Canada*.

Il constate que l'appelante a intenté l'action plus de cinq ans après l'adoption du dernier règlement contesté et qu'elle a acheté sa propriété en connaissant les taxes spéciales comme en fait foi la clause spécifique de l'acte de vente. De plus, il signale que l'appelante a même écrit à la municipalité dans le but de déterminer comment elle pourrait tirer un meilleur profit des services municipaux.

Le juge de première instance déclare alors que malgré la prescription trentenaire de l'action directe en nullité, la Cour supérieure peut exercer sa discrétion et refuser d'intervenir si le plaignant a fait preuve d'un manque de diligence dans la contestation. Après avoir cité diverses autorités, notamment *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec c. Pillin*, [1983] C.A. 277, *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, [1962] B.R. 914, confirmé par [1964] R.C.S. 552, et *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire Inc. c. Ville de St-Césaire*, [1985] C.S. 35, confirmé par [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.), le juge conclut que l'action en nullité doit être intentée dans un délai raisonnable et que la tardiveté est dans l'espèce évidente. Il ajoute qu'accorder une annulation plus de cinq ans après la mise en vigueur du plus récent règlement compromettrait la stabilité des finances municipales.

Selon le premier juge, les lettres envoyées par l'appelante à la corporation municipale, la clause au contrat de vente et le paiement des taxes d'amélioration tendent à démontrer que celle-ci avait connaissance des règlements bien avant d'intenter l'action. Conséquemment, le fait d'avoir attendu si longtemps avant d'intervenir constitue une renonciation tacite à son droit de contester les règlements. Il rejette donc l'action.

#### *i Cour d'appel*

##### Le juge Lévesque (ad hoc)

Le juge Lévesque circonscrit le litige à deux questions que le juge de la Cour supérieure n'a pas eu à traiter en profondeur (à la p. 1240):

[TRANSLATION] 1. Are the disputed by-laws *ultra vires* the *Municipal Code* or are they at least applicable to the appellant?

2. Is the insufficiency of the public notices convening electors a sufficient ground for the Superior Court to intervene and quash the disputed by-laws?

On the first point, Lévesque J. concluded that the by-laws were authorized by art. 684a of the *Municipal Code*, not art. 697 as suggested by the appellant. He said that the Municipal Council's discretionary power could not be reviewed in the absence of fraud or a serious breach of the law. Lévesque J. added that the primary purpose of the immovable property was residential and that this had continued. It was therefore reasonable for the municipal authorities to provide for an extension of services to the appellant's immovable property, and the latter would benefit from this. The purpose of the work was reasonable, since it was to serve a sector in the more or less long term and also to be used in its development.

Ruling on the question of the sufficiency of the public notices, the judge cited *City of Beaconsfield v. Bagosy* (1974), [1982] J.M. 92, which recognized that insufficient notice is a good reason for setting aside a by-law. Lévesque J. stated that the insufficiency of the notices was not an absolute cause of nullity but a unique occurrence which might be the basis for the exercise of judicial discretion.

He noted that in the case at bar all the by-laws had been adopted over five years before, the work done, the bonds issued and the taxes paid without protest. Furthermore, the appellant had not given any reasons for its delay in bringing an action and the reference to taxes in the deed of sale constituted a presumption of knowledge. He considered that the trial judge had correctly exercised his discretion and upheld his decision that the appellant had waived its right to raise the insufficiency of the notices.

#### Tyndale J.A.

Without ruling on the merits, Tyndale J.A. considered the action to be belated and like Lévesque J. dismissed the appeal.

1. Est-ce que les règlements entrepris sont *ultra vires* du *Code municipal* ou du moins sont-ils applicables à l'appelante?

2. L'insuffisance des avis publics de convocation d'électeurs constitue-t-elle un motif suffisant pour que la Cour supérieure intervienne pour annuler les règlements attaqués?

Sur le premier point le juge Lévesque conclut que les règlements étaient autorisés par l'art. 684a du *Code municipal* et non par l'art. 697 contrairement à la prétention de l'appelante. Il déclare que le pouvoir discrétionnaire du conseil municipal ne saurait être contrôlé en l'absence de fraude ou de grave violation à la loi. Le juge Lévesque ajoute que la vocation première des immeubles était résidentielle et s'est perpétuée. Il était donc raisonnable pour les autorités municipales de prévoir l'extension des services aux immeubles de l'appelante et que cette dernière en bénéficierait. Le but de ces travaux était raisonnable puisqu'il s'agissait de desservir un secteur à plus ou moins long terme et de servir également à son développement.

Statuant sur la question de la suffisance des avis publics, le juge cite l'arrêt *City of Beaconsfield c. Bagosy* (1974), [1982] J.M. 92, qui reconnaît qu'un avis insuffisant est une raison valable pour annuler un règlement. Le juge Lévesque déclare que l'insuffisance des avis n'est pas une cause de nullité absolue mais un événement unique donnant lieu à l'application de la discrétion judiciaire.

Il note que dans le présent cas, tous les règlements ont été adoptés depuis plus de cinq ans, les travaux exécutés, les obligations émises et les taxes payées sans protest. De surcroît, l'appelante n'a pas justifié son retard à exercer le recours alors que la mention des taxes dans l'acte de vente constitue une présomption de connaissance. Il considère que le premier juge a correctement exercé sa discrétion et confirme sa décision selon laquelle l'appelante a renoncé à son droit d'invoquer l'insuffisance des avis.

#### Le juge Tyndale

Sans se prononcer sur le fond, le juge Tyndale considère l'action tardive et à l'instar du juge Lévesque rejette l'appel.

Jacques J.A., dissenting

Jacques J.A. first mentioned that the statute requires that the notices describe “the owners of taxable immoveables” adequately; and the lots owned by the appellant are not mentioned in four of the disputed notices (by-laws 96, 104, 117 and 135). By-law 70 cannot be given effect as the failure to hold a meeting within thirty days vitiated the proceeding. In his opinion these illegalities were sufficient to shift the burden of proof to the respondent corporation. The judge noted that *City of Beaconsfield v. Bagosy, supra*, had already established that a notice is a necessary prerequisite to the validity of a zoning by-law, not merely an irregularity. At page 1244, he wrote:

[TRANSLATION] I consider that the same is true regarding the imposition of a land tax on immovable property which has not been mentioned in the public notice to the municipal electors who own taxable immovable property. In that case the by-law is not enforceable with respect to the omitted immovable property, though it may be with respect to the property mentioned in the notice.

Jacques J.A. noted that the evidence accepted by the trial judge could not in any way suggest acquiescence, since there must be express or presumed knowledge of what is being acquiesced in. Finally, he concluded that the delay was not excessive and did not constitute a tacit waiver, if it is compared with the five-year time limit set by the legislature for prescription of the action to recover wrongly paid taxes. Further, this delay causes no prejudice to the municipality, whose only obligation is to reimburse money it should not have collected. He was thus of the view that the right to reimbursement of wrongly paid money took priority over the stability of municipal finances.

IV—Issues

The issues may be summarized as follows:

1. Were the by-laws adopted in accordance with the law?

Le juge Jacques, dissident

Le juge Jacques indique d’abord que la loi nécessite que les avis décrivent suffisamment «les propriétaires d’immeubles imposables». Or, les lots dont l’appelante est propriétaire ne sont pas mentionnés dans quatre des avis contestés (règlements 96, 104, 117 et 135). Quant au règlement 70, il est inexécutoire, le défaut de tenir l’assemblée dans les trente jours ayant vicié la procédure. Selon lui ces illégalités suffisent à déplacer le fardeau de preuve sur la corporation intimée. Le juge note que l’arrêt *City of Beaconsfield c. Bagosy*, précité, a déjà établi qu’un avis est une condition essentielle à la validité d’un règlement de zonage et non une simple irrégularité. Il écrit à la p. 1244:

Je suis d’avis qu’il en est de même quant à l’imposition d’une taxe foncière à l’égard des immeubles qui n’ont pas été indiqués dans l’avis public aux électeurs municipaux propriétaires des immeubles imposables. Le règlement n’est pas alors «exécutoire» quant aux immeubles omis, même s’il peut l’être à l’égard des immeubles indiqués à l’avis.

Le juge Jacques signale que les éléments retenus par le premier juge ne sauraient révéler un acquiescement, puisqu’il faut une connaissance expresse ou présumée de ce à quoi on acquiesce. Il conclut finalement que le délai n’est pas excessif et ne constitue pas une renonciation tacite si on le compare au délai de cinq ans que le législateur a fixé pour la prescription de l’action en recouvrement de taxes indûment payées. De plus, ce délai ne cause aucun préjudice à la municipalité dont la seule obligation est de rembourser une somme qu’elle n’aurait pas dû percevoir. Il est donc d’avis que le droit au remboursement d’une somme indûment payée l’emporte sur la stabilité des finances municipales.

i IV—Les questions en litige

Les questions en litige peuvent être résumées comme suit:

1. L’adoption des règlements contestés était-elle conforme à la loi?



- (a) Does art. 684a empower the respondent to impose a special tax on the appellant without assuming part of the cost?
- (b) Did the respondent comply with the legal requirements regarding the notices? <sup>a</sup>
2. What are the legal consequences of the insufficiency of the public notices convening electors?
3. In view of the nature of the illegality committed, did the Superior Court have discretion to dismiss a direct action in nullity on the grounds that it was late? <sup>b</sup>
4. If so, did the Superior Court validly exercise its discretion in the circumstances of this case? <sup>c</sup>
- a) Est-ce que l'art. 684a permet à l'intimée d'imposer une taxe spéciale à l'appelante sans assumer les coûts en partie?
- b) Est-ce que l'intimée a satisfait aux exigences légales concernant les avis? <sup>a</sup>
2. Quelles sont les conséquences juridiques de l'insuffisance des avis publics de convocation des électeurs?
3. Eu égard à la nature de l'illégalité commise, la Cour supérieure avait-elle discrétion pour rejeter une action directe en nullité pour motif de tardiveté? <sup>b</sup>
4. Dans l'affirmative, la Cour supérieure a-t-elle valablement exercé sa discrétion eu égard aux circonstances de l'espèce? <sup>c</sup>

I will examine the nature of the alleged defect and its legal consequences, namely whether it can be a basis for judicial review. I will then discuss the nature of the remedy applicable in the circumstances. <sup>d</sup>

#### V—Analysis

A. *Were the Disputed By-laws Adopted in Accordance with the Law?*

##### 1. Article 684a of the Municipal Code

In the Court of Appeal the appellant raised an argument which it has since abandoned. It claimed that the respondent's power to impose a special tax rested on art. 697 of the *Municipal Code*. That article is more restrictive than art. 684a of the *Municipal Code*. The Court of Appeal rejected this argument and in this Court the appellant admitted that the respondent was acting pursuant to art. 684a. On this basis, it is now disputing the allocation of costs made by the corporation, which it says was not in accordance with the article. In its submission, the provision does not allow the corporation to impose a special tax without assuming at least part of the financial burden. The appellant relies on the legislative amendment of 1979, which added to the second paragraph that the costs could be charged "entirely to the ratepayers of one or more parts of the municipality", and on the legislature's silence on this point prior to the amendment. It thus argues that at the time the disputed by-laws were adopted the corporation had a <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup>

J'examinerai quelle est la nature du vice reproché et ses conséquences juridiques à savoir si elle donne ouverture à contrôle judiciaire. Je discuterai ensuite de la nature du remède applicable en l'espèce.

#### V—L'analyse

A. *L'adoption des règlements contestés était-elle conforme à la loi?*

##### 1. L'article 684a du Code municipal

Devant la Cour d'appel, l'appelante avait soulevé un moyen qu'elle a abandonné depuis. Elle prétendait que le pouvoir de l'intimée d'imposer une taxe spéciale reposait sur l'art. 697 du *Code municipal*. Cet article est plus restrictif que l'art. 684a du *Code municipal*. La Cour d'appel a rejeté cet argument et l'appelante admet devant nous que l'intimée agissait en vertu de l'art. 684a. Sur cette base, elle conteste maintenant la répartition des coûts effectuée par la corporation qui ne serait pas conforme à l'article. Selon elle, la disposition ne permet pas à la corporation d'imposer une taxe spéciale sans supporter, du moins en partie, le fardeau financier. L'appelante s'appuie sur la modification législative de 1979 qui a ajouté au second paragraphe que la répartition des coûts pouvait être «entièrement à la charge des contribuables d'une ou plusieurs parties de la municipalité» ainsi que sur le silence du législateur à ce sujet avant la modification. Elle soutient donc qu'à l'époque de l'adoption des règlements contestés, la

duty to assume at least part of the financial burden. Its argument assumes that the article is divided into two parts, the first dealing with the bases of taxation and the second with the way in which the cost is to be allocated.

This argument is no more valid than that made in the Court of Appeal. Article 684a as it read before the 1979 amendment clearly authorizes in its first paragraph the imposition of a special tax and leaves open the choice of several bases of allocation: the municipal valuation, the area and the frontage of the taxable real estate subject to the tax. There is no mention at all of any contribution by the corporation. This possibility is only referred to in the second paragraph, beginning with the words "The council may also charge the cost of such works...". (Emphasis added.) I do not agree with the way the appellant reads the provision or with the resulting division. The article as a whole sets out the allocation of costs and the second paragraph, by the insertion of the word "also", confers additional powers in the matter. The article first contemplates payment by the owners of immovable property, and second deals with the variations on this procedure. The 1979 amendment merely clarified a power which the municipality already had under the first paragraph. This argument is rejected.

## 2. Lack of Notice to the Owners of Lots P-215a and P-237

The appellant argues that the respondent's loan by-laws were adopted without compliance with the essential formalities provided for this purpose in the Act as regards notice, thereby denying the appellant its right to be heard. For the first five by-laws, namely by-laws Nos. 70, 77, 96, 104 and 117, adopted between January 22, 1969 and July 31, 1975, the said formalities were contained at the time in art. 758 of the *Municipal Code*. Paragraph 1 specified that the by-law "in order to come into force and effect, must be approved by the municipal electors who are owners of taxable immoveables". Such approval was to be given at a public meeting and, under para. 3, the meeting was to be held "on or before the thirtieth day after the date of the passing of the by-law", and the electors were to have received

corporation était obligée d'assumer au moins une partie du fardeau financier. Sa prétention suppose que l'article se divise en deux parties, la première traiterait des bases de taxation alors que la deuxième viserait le mode de répartition du coût.

Cet argument n'est pas plus valable que celui qui fut présenté en Cour d'appel. L'article 684a, tel qu'il se lisait avant la modification de 1979, autorise clairement, dans son premier paragraphe, l'imposition d'une taxe spéciale et laisse le choix de plusieurs bases de répartition: l'évaluation municipale, la superficie et l'étendue en front des biens-fonds imposables assujettis à cette taxe. Il n'y a nulle mention d'une quelconque contribution de la corporation. Cette possibilité n'est mentionnée qu'au second paragraphe commençant avec les mots «Le conseil peut aussi mettre le coût de ces travaux...». (Je souligne.) Je ne suis pas d'accord avec la lecture de la disposition qu'effectue l'appelante et la division qui en résulte. L'article en entier expose la répartition des coûts et le second paragraphe par l'insertion du mot «aussi» annonce des pouvoirs additionnels en la matière. L'article envisage en premier lieu le paiement par les propriétaires d'immeubles et en second lieu traite des variations apportées à ce mode. La modification de 1979 n'a fait que clarifier un pouvoir que la municipalité avait déjà en vertu du premier paragraphe. Cet argument est rejeté.

## 2. L'absence d'avis aux propriétaires des lots P-215a et P-237

L'appelante soutient que les règlements d'emprunt de l'intimée furent adoptés sans que ne soient suivies les formalités essentielles prévues à cette fin par la loi en matière d'avis, niant ainsi à l'appelante son droit d'être entendue. Pour les cinq premiers règlements, soit les règlements numéros 70, 77, 96, 104 et 117, adoptés entre le 22 janvier 1969 et le 31 juillet 1975, lesdites formalités étaient prévues à l'époque par l'art. 758 du *Code municipal*. Le paragraphe 1 spécifiait que le règlement «doit, pour entrer en vigueur et devenir exécutoire, être approuvé par les électeurs municipaux propriétaires d'immeubles imposables». Cette approbation devait se faire par assemblée publique et selon le par. 3, avoir lieu «au plus tard le trentième jour de la date de l'adoption du règlement» alors que les électeurs devaient avoir reçu

“notice of convocation of at least ten clear days”. The Act accordingly provided that the group of owners of taxable immovable property was an essential part of the regulatory process. The notice of convocation to the owners concerned was to allow them to have an opportunity to present their views at a meeting of owners held with the mayor present. As to by-law No. 135 adopted on May 23, 1978, the Council also had to comply with the conditions set out in art. 758(4), that is, provide a clear description of the area covered.

Most of the disputed public notices of convocation do not indicate the appellant’s immovable property as being among those to which the loan by-laws apply. Like the judges of the Court of Appeal, I consider that the description contained in the public notices was clearly insufficient and did not meet the conditions of art. 758 of the *Municipal Code*. The respondent breached its obligation to inform and hear the appellant when it adopted the by-laws, thereby infringing the Act and the *audi alteram partem* rule.

#### B. *The Legal Consequences of the Insufficient Notices*

The Council’s jurisdiction is not at issue as such: what is in question is an aspect of the exercise of its powers, namely failure to comply with a legal prerequisite, that of prior notice to the owners of certain affected lots. Is this more than a mere irregularity, because it affects an important right, that of being informed and heard and being able to participate in a vote? And since this right is attached to certain persons and affects them alone, can it be the subject of a waiver by them?

The answer to these questions is important because, as we shall see, it may determine the remedy available and consequently the procedure for obtaining the remedy to which it gives rise. The decision to be made on the appeal turns on this. For a proper understanding of the matter, one must first identify the principal possible infringements of the taxpayer’s rights, their nature and the classification made of them by our courts, as well as the remedies which the taxpayer has obtained in each case. It is important in this analysis to bear in mind the distinc-

un «avis de convocation d’au moins dix jours francs». La loi prévoyait donc que le groupe des propriétaires d’immeubles imposables était une composante essentielle du processus réglementaire. L’avis de convocation des propriétaires intéressés devait permettre à ceux-ci de se reconnaître afin de faire valoir leurs points de vue lors de l’assemblée des propriétaires tenue en présence du maire. En ce qui concerne le règlement numéro 135 adopté le 23 mai 1978, le conseil devait en plus satisfaire aux conditions édictées par le par. 758(4), c’est-à-dire offrir une description claire du périmètre visé.

La plupart des avis publics de convocation contestés n’indiquent pas les immeubles de l’appelante parmi ceux visés par les règlements d’emprunt. À l’instar des juges de la Cour d’appel, je considère la désignation contenue aux avis publics comme nettement insuffisante et ne remplissant pas les conditions de l’art. 758 du *Code municipal*. L’intimée a manqué à son obligation d’informer et d’entendre l’appelante lors de l’adoption des règlements, portant ainsi atteinte à la loi et à la règle *audi alteram partem*.

#### B. *Les conséquences juridiques de l’insuffisance des avis*

La compétence du conseil en soi n’est pas mise en cause mais il s’agit d’une modalité dans l’exercice de ses pouvoirs, soit le défaut de respecter une condition préalable légale: le préavis aux propriétaires de certains lots visés. Y a-t-il là plus qu’une simple irrégularité parce que ce vice touche un droit important, celui d’être informé, entendu et de pouvoir participer à un vote? Et puisque ce droit est attaché à certaines personnes et qu’il n’intéresse qu’eux, est-il susceptible d’être l’objet d’une renonciation de leur part?

La réponse à ces questions est importante car, comme nous le verrons, elle peut être déterminante du recours disponible et en conséquence des modalités du remède auquel il donne droit. Elle emportera la décision à rendre sur le pourvoi. Pour bien en saisir la portée, il y a d’abord lieu d’identifier les principales atteintes possibles aux droits du contribuable, leur nature et la classification qu’en ont fait nos tribunaux d’une part et les recours qu’ils ont reconnu au contribuable dans chaque cas. Il est en effet important dans cette analyse de garder à l’esprit la distinction

tion between the right and the remedy, as was so aptly noted by de Smith in *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 422:

Whether the tribunal lacked jurisdiction is one question; whether the court, having regard to the applicant's conduct, ought in its discretion to set aside the proceedings is another. The confused state of the present law is due largely to a failure to recognise that these are two separate questions.

### 1. Illegality: *Ultra Vires* or Irregularities

First we may note that the case law classifies these infringements in terms of the remedies provided in our legislation, depending on whether it is a remedy to quash conferred by municipal legislation or one involving the superintending and reforming power of the superior courts. Articles 689 *et seq.* of the *Municipal Code of Québec*, like arts. 397 *et seq.* of the *Cities and Towns Act*, provide a remedy to quash certain municipal acts for illegality and make it subject to a three-month prescription. Nevertheless, the courts have held that failure to exercise this remedy did not have the effect of removing all illegalities, and they have established categories of defects which come within the superintending power of the Superior Court. In an article titled "Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal" (1986), 46 *R. du B.* 627, Professor Gilles Rousseau makes a detailed study of the distinctions developed by the courts to penalize the most serious illegalities where the right to the special remedy has expired. At page 651, he writes:

[TRANSLATION] Very quickly in the early part of the century the courts, after accepting that certain defects could be raised after the time limit, were consequently obliged to divide the illegalities and identify those which crossed the line and those which did not. In this way an initial distinction was made between illegality, including "formal defects" and "irregularities", and cases of *ultra vires*.

Our courts have admitted the direct action in nullity and the application for a declaratory judgment in matters of *ultra vires*. With time, the availability of these remedies has been extended to certain defects which do not pertain to the lack of initial jurisdiction.

entre le droit et le recours comme le souligne fort à propos de Smith dans *Judicial Review of Administrative Action* (4<sup>e</sup> éd. 1980), à la p. 422:

[TRADUCTION] La question de savoir si le tribunal était incompétent est une chose; celle de savoir si le tribunal compte tenu de la conduite du requérant aurait dû en application de son pouvoir discrétionnaire annuler les procédures, en est une autre. La confusion dans le droit actuel résulte dans une large mesure du défaut de reconnaître qu'il s'agit de deux questions distinctes.

### 1. Illégalités: *ultra vires* ou irrégularités

Constatons d'abord que la jurisprudence qualifie ces atteintes en fonction des recours prévus dans nos lois selon qu'il s'agit du recours en cassation prévu aux lois municipales ou ceux invoquant le pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures. En effet, les art. 689 et suiv. du *Code municipal du Québec* comme les art. 397 et suiv. de la *Loi sur les cités et villes* établissent un recours en cassation, pour cause d'illégalité, à l'encontre de certains actes municipaux et l'assujettissent à une prescription de trois mois. Néanmoins, les tribunaux ont statué que le défaut d'exercer ce recours n'avait pas pour effet de purger toutes les illégalités et ils ont établi des catégories de vices qui relèvent du pouvoir de surveillance de la Cour supérieure. Dans un article intitulé «Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal» (1986), 46 *R. du B.* 627, le professeur Gilles Rousseau fait une étude détaillée des distinctions jurisprudentielles développées pour sanctionner les illégalités les plus graves au cas où le droit au recours particulier est déchu. À la page 651, il écrit:

Très rapidement au début du siècle, la jurisprudence, après avoir accepté que certains vices pouvaient être soulevés hors délai, a été placée devant l'obligation conséquente de départager les illégalités, d'identifier celles qui franchiraient la barrière et celles qui ne passeraient pas. C'est ainsi que l'on vit apparaître une première distinction entre l'illégalité, incluant les «informalités» et les «irrégularités», et les cas d'*ultra vires*.

Nos tribunaux ont admis l'action directe en nullité et la requête en jugement déclaratoire en matière d'*ultra vires*. Avec le temps, la disponibilité de ces recours a été étendue à certains vices se situant en deçà de l'absence de compétence initiale. Il est ainsi

It has thus become more difficult to define the limits of the *ultra vires* concept. The cases contain many refinements of the meaning of which is not constant and varies with the context in which they are used, such as absolute or relative nullity, abuse and excess of power or simple illegalities, formal defects or irregularities.

At the outset, these distinctions between various types of illegality were used to decide on the proper remedy and make it possible to extend the deadline for objecting. Professor Rousseau discusses the utility of the distinctions based on the nature of the illegality. At pages 652-53 of the article cited above, he notes:

[TRANSLATION] The importance which the courts attach to the distinction is bound up with the special seriousness of the *ultra vires* defect: the general idea is that it justifies an expansion and extension of the objection. The remedies available from general civil law, principally the action in nullity but also now the application for a declaratory judgment, may be used despite the existence of the special remedies to quash; they are still open regardless of whether the three-month time limit assigned to them has expired; the possibility of invoking the nullity of a municipal decision as a defence or exception has sometimes been associated with *ultra vires*; according to certain recent decisions, the presence of excess of jurisdiction or *ultra vires* still allows the action in nullity to be brought any time during the thirty-year period provided for by general civil law (art. 2242 C.C.), while if the disputed decision is instead affected by abuse of power, the court may exercise its discretion and dismiss the action even if it is within this time limit. Finally, the conditions applicable to the plaintiff or concerning the interest required (art. 55 C.C.P.) are made more flexible: *ultra vires* is a basis for the remedies exercised by the municipal taxpayers or electors under art. 33 C.C.P., even if they are not able to show special or discrete damage.

As to the means of objecting, the distinction between illegality and *ultra vires* has chiefly been used to uphold an objection for a formal defect within three months and to free from this limitation an action alleging *ultra vires* or lack of jurisdiction.

This diverse use of the concepts by the courts involves a confusion between the right and the remedy, which underlies the appellant's argument that since the case at bar concerns an absolute nullity, the

devenu plus difficile de circonscrire la notion d'*ultra vires*. On retrouve dans la jurisprudence nombre de qualificatifs dont le sens n'est pas constant et varie avec le contexte de leur emploi tels nullité absolue ou relative, abus et excès de pouvoir ou pures et simples illégalités, informalités ou irrégularités.

Au départ, ces distinctions entre les divers types d'illégalités servaient à décider du recours approprié et à permettre une extension du délai de contestation. Le professeur Rousseau fait état de l'utilité de ces distinctions selon la nature des illégalités. Aux pages 652 et 653 de l'article précité, il note:

Les intérêts que la jurisprudence attache à la distinction sont tous liés à la gravité particulière que présente le vice d'*ultra vires*: l'idée générale est qu'il justifie un élargissement et un prolongement de la contestation. Les recours offerts par le droit commun, principalement l'action en nullité, mais aussi aujourd'hui la requête pour jugement déclaratoire, peuvent être utilisés malgré l'existence des recours spéciaux en cassation; ils sont encore recevables nonobstant l'expiration du délai de trois mois qui leur est assigné; la possibilité d'invoquer la nullité d'une décision municipale en défense ou par voie d'exception a quelquefois été liée à l'*ultra vires*; suivant certains arrêts récents, la présence de l'excès de juridiction ou de l'*ultra vires* permettrait encore d'exercer l'action en nullité dans toute l'étendue du délai de trente ans prévu par le droit commun (art. 2242 C.c.), alors que si la décision contestée est plutôt affectée d'abus de pouvoir, le tribunal peut exercer une discrétion et rejeter le recours même s'il respecte ce délai. Enfin, les conditions relatives au demandeur ou concernant l'intérêt requis (art. 55 C.p.c.) sont assouplies; l'*ultra vires* donne ouverture aux recours exercés par les contribuables ou les électeurs municipaux en vertu de l'article 33 C.p.c., même s'ils n'établissent pas un préjudice spécial ou distinct.

En ce qui concerne les moyens de contestation, la distinction entre l'illégalité et l'*ultra vires* a surtout été utilisée pour maintenir la contestation pour vice de forme à l'intérieur de trois mois et pour dégager de cette restriction l'action qui allègue *ultra vires* ou incompétence.

Cette utilisation diverse des notions dans la jurisprudence comporte une confusion entre le droit et le recours, laquelle sous-tend la prétention de l'appellante que, puisque dans l'espèce il s'agit d'une nullité

Superior Court has no discretion to dismiss the action on the ground that it is late.

While it is true that some judges have distinguished between absolute and relative nullity, this was chiefly to enable serious illegalities to be penalized beyond the time limit and make challenges to mere formal defects and irregularities subject to a short prescription period. None of the judgments cited by the appellant denies the court's discretion to dismiss the action, even when it is brought within the thirty-year prescription period, if the court still considers that it is belated.

Let us look more closely at the case law, the classification it has made of infringements of taxpayers' rights and the consequences it has attached thereto. "Illegality" is a generic term covering any act not in accordance with the law. In *Trudeau v. Devost*, [1942] S.C.R. 257, Taschereau J. said at p. 265: [TRANSLATION] "An *ultra vires* resolution is illegal but an illegal resolution is not necessarily *ultra vires*." In that case this Court held that the direct action in nullity was only available if the act was *ultra vires*. At page 262, it said:

[TRANSLATION] The courts have unanimously held, and it is now well established, that in a case of *illegality* any taxpayer may have recourse to the special procedure provided by the law within the stipulated time limits, but that where *ultra vires* acts are concerned there is always the remedy under art. 50 of the Code of Civil Procedure to have the courts declare an absolute nullity. The lack of jurisdiction brings about this absolute nullity . . . *Dechène v. City of Montreal*, [1894] A.C. 640; *Toronto Railway Co. v. Corp. of Toronto*, [1904] A.C. 809; *Shannon Realities Ltd. v. Ville de St-Michel*, [1924] A.C. 185; *Donohue Bros. v. La Malbaie*, [1924] S.C.R. 511. [Emphasis in original.]

It was thus not enough to allege illegality, there also had to be proof of an *ultra vires* act for a party to be entitled to go beyond the special procedures provided for objections to the acts of municipal corporations. In *Dechène v. City of Montreal*, [1894] A.C. 640, the Privy Council held that a motion to quash was the proper remedy and dismissed the direct action in nullity to penalize a mere illegality described as an irregularity. Thirty years later, in *Shannon Realities, Ltd. v. Ville de St. Michel*, [1924]

absolue, la Cour supérieure n'a aucune discrétion pour rejeter le recours pour motif de tardiveté.

S'il est vrai que certains juges ont distingué entre nullité absolue et nullité relative, c'était surtout pour permettre la sanction hors délai des illégalités graves et assujettir à une courte prescription la contestation de simples informalités et irrégularités. Aucun des jugements cités par l'appelante ne nie la discrétion que possède la cour de rejeter le recours, même présenté dans le délai de prescription de trente ans, si elle le juge néanmoins tardif.

Voyons de plus près la jurisprudence, la classification qu'elle a faite des atteintes aux droits du contribuable et les conséquences qu'elle y a attribuées. «Illégalité» est le terme générique englobant tout acte non conforme à la loi. Dans *Trudeau v. Devost*, [1942] R.C.S. 257, le juge Taschereau affirmait à la p. 265: «La résolution *ultra vires* est illégale mais la résolution illégale n'est pas nécessairement *ultra vires*.» Dans cet arrêt, notre Cour concluait que c'est seulement si l'acte est *ultra vires* qu'il y a ouverture à l'action directe en nullité. On peut lire à la p. 262:

La jurisprudence est unanime et maintenant parfaitement établie que, quand il s'agit d'*illégalité*, tout contribuable peut recourir à cette procédure spéciale indiquée par la loi, dans les délais stipulés, mais que quand il s'agit d'actes *ultra vires* il y a toujours le recours en vertu de l'article 50 du Code de Procédure Civile, pour faire constater l'existence de la nullité absolue. Le défaut de juridiction entraîne cette nullité absolue [. . .] *Dechène v. Cité de Montréal*, [1894] A.C. 640; *Toronto Railway Co. v. Corp. de Toronto*, [1904] A.C. 809; *Shannon Realities Ltd. v. Ville de St-Michel*, [1924] A.C. 185; *Donohue Bros. v. La Malbaie*, [1924] R.C.S. 511. [Souligné dans l'original.]

Il ne suffisait donc pas d'alléguer une illégalité, encore fallait-il prouver un acte *ultra vires* pour prétendre passer outre les procédures spéciales édictées pour la contestation des actes des corporations municipales. Le Conseil privé dans *Dechène v. City of Montreal*, [1894] A.C. 640, décidait déjà que la requête en cassation était le recours approprié et rejeta le moyen de l'action directe en nullité pour la sanction d'une illégalité simple qualifiée d'irrégularité. Trente ans plus tard, ce même tribunal dans

A.C. 185, the same court repeated this rule in affirming a judgment of this Court. Use of the direct action in nullity was ruled out for challenges to valuations made on erroneous principles or by faulty methods because the law had created special mechanisms for challenges by way of appeal. Lord Shaw noted at pp. 194-95:

It follows that the appeal made to art. 50 of the Civil Procedure Code Act fails, not because a remedy has been refused but because the remedy expressly given and prohibitively fenced has been ignored.

On the other hand, Mignault J. in *Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie*, [1924] S.C.R. 511, concluded that there was excess of jurisdiction and a right to employ the direct action in nullity in respect of a valuation roll in which the corporation had valued machinery as an integral part of a mill contrary to what was prescribed by law. Mignault J. took great care to distinguish this case from *Shannon Realities, Ltd. v. Ville de St. Michel*, *supra*, in which an over-valuation did not give rise to an allegation of *ultra vires*.

The Court of Appeal applied this rule. In *Tremblay v. Corporation des Éboulements* (1923), 35 Que. K.B. 474, Allard J.A. wrote at p. 479:

[TRANSLATION] It is now well-settled law that in the case of an illegality which does not affect the council's jurisdiction, taxpayers who wish to complain of it must do so by an action to quash.

He thus endorsed the position of Sévigny J. of the Superior Court for Saguenay, who had said at trial:

[TRANSLATION] Whereas the superintending and reforming power given to the Superior Court over bodies politic and corporate applies only in cases of absolute nullity, *ultra vires* acts or acts which involve arbitrary, oppressive and improper decisions, and not to cases of illegality resulting from formal defects and irregularities, which can be corrected using the special procedure provided by law, where there is one;

In *Corporation de la paroisse de St-Joseph de Maskinongé v. Boucher* (1926), 41 Que. K.B. 359, the court held that use of art. 50 of the *Code of Civil*

*Shannon Realities, Ltd. v. Ville de St. Michel*, [1924] A.C. 185, réitère ce principe tout en confirmant la décision de notre Cour. Le recours à l'action directe en nullité était exclu pour contester des évaluations faites selon des principes erronés ou des méthodes fautives parce que la loi avait créé des mécanismes spéciaux de contestation par voie d'appel. Lord Shaw signale aux pp. 194 et 195:

[TRANSLATION] Il s'ensuit que le pourvoi fondé sur l'art. 50 du Code de procédure civile est rejeté, non pas parce qu'un redressement a été refusé, mais parce que le redressement expressément prévu et écarté de façon prohibitive a été ignoré.

Par contre, le juge Mignault dans *Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie*, [1924] R.C.S. 511, a conclu à l'excès de juridiction et au droit de recourir à l'action directe en nullité face à un rôle d'évaluation dans lequel la corporation avait évalué des machines comme parties intégrantes d'un moulin contrairement à ce que prescrivait la loi. Le juge Mignault prend grand soin de distinguer ce cas, de *Shannon Realities, Ltd. v. Ville de St. Michel*, précité, où une surévaluation ne donnait pas lieu à une allégation d'*ultra vires*.

La Cour d'appel appliquait cette règle. Dans *Tremblay v. Corporation des Éboulements* (1923), 35 B.R. 474, le juge Allard écrit à la p. 479:

Il est de jurisprudence bien établie que lorsqu'il s'agit d'une illégalité qui n'affecte pas la juridiction du conseil, les contribuables qui ont à se plaindre doivent le faire par action en cassation.

Il endosse ainsi la position du juge Sévigny de la Cour supérieure du Saguenay qui avait déclaré en première instance:

Considérant que le droit de surveillance et de réforme sur les corps politiques et les corporations, donné à la Cour supérieure, ne s'applique qu'au cas de nullité absolue, d'actes *ultra vires* ou d'actes qui consacrent des décisions arbitraires, oppressives et abusives, et non au cas d'illégalités provenant d'informalités et d'irrégularités, qui peuvent être réformées en recourant au mode spécial indiqué par la loi, lorsqu'il y en a un;

Dans *Corporation de la paroisse de St-Joseph de Maskinongé v. Boucher* (1926), 41 B.R. 359, on a considéré que le recours à l'art. 50 du *Code de procé-*

*Procedure* (now art. 33) could only be allowed to invalidate an act subject to fundamental nullity. The court accordingly dismissed the direct action as there was no proof that the act was arbitrary or oppressive. At pages 361-62, Rivard J.A. commented:

[TRANSLATION] The cases in which the Superior Court can exercise the superintending and reforming power over municipal corporations given to it by art. 50 are still under discussion. This discussion will undoubtedly continue for some time, because it seems difficult to come up with an exact and precise rule: there are too many competing elements which cause the solution to vary depending on the particular circumstances of each case. There is no question that, in principle, the remedy exists in cases where a municipal council has acted in a matter which was not within its jurisdiction, when it has exceeded its powers or trespassed upon a jurisdiction that was not its own. However, when the question is whether an abuse of power should be treated like an excess of jurisdiction, the solution is less clear because various circumstances must be taken into consideration, and the same is true when the allegation is one of flagrant injustice, bordering on fraud and indicating bad faith. In short, it seems that the furthest one can go is to say that the art. 50 remedy should be allowed when, because of a lack of jurisdiction, fraud, a flagrant defect amounting to an excess of jurisdiction or a clear breach of the law, the disputed act should be regarded as vitiated by a fundamental nullity.

Right from the first quarter of the century a precise definition of *ultra vires* has been difficult to formulate. Lamothe C.J. set out certain principles in *Ville de La Tuque v. Desbiens* (1919), 30 Que. K.B. 20. The municipality had committed a series of acts which the parties were trying to annul by the direct action under the *Code of Civil Procedure*. The Chief Justice's statement of principle found at p. 21 has been repeatedly adopted by our courts:

[TRANSLATION] Two major principles have been stated in earlier decisions; they are the two beacons by which we must be guided: In cases of absolute nullity it is always possible to resort to art. 50 C.C.P. When the illegality results from formal defects and irregularities it is necessary to use the special procedure provided by law, if there is one.

It is not always easy to distinguish whether a disputed municipal act is absolutely void or simply voidable. Sometimes this distinction is apparent: at other times, it

*dure civile* (aujourd'hui l'art. 33) ne pouvait être accueilli que pour faire invalider un acte affecté d'une nullité radicale. La cour rejeta donc l'action directe vu l'absence de preuve sur le caractère arbitraire et oppressif de l'acte. Aux pages 361 et 362, le juge Rivard commenta:

On discute encore sur la détermination des cas où la Cour supérieure peut exercer sur les corporations municipales le droit de surveillance, de réforme et de contrôle que lui donne cet article 50. On discutera sans doute longtemps, parce qu'il paraît difficile de formuler la règle d'une manière exacte et précise: trop d'éléments concourent à faire varier la solution, suivant les circonstances particulières de chaque espèce. Il est certain que le recours existe, en principe, dans les cas où un conseil municipal a agi dans une matière qui n'était pas de sa compétence, lorsqu'il a outrepassé ses pouvoirs ou empiété sur une juridiction qui n'était pas la sienne. Mais, quand il faut juger si un abus de pouvoir doit être assimilé à un excès de pouvoir, la solution est moins certaine, parce que des circonstances diverses doivent être prises en considération, et il en est de même lorsqu'on allègue une injustice flagrante, voisine de la fraude et indice de mauvaise foi. En somme, le plus loin qu'il semble qu'on puisse aller, ce serait de dire que le recours de l'article 50 doit être accueilli, lorsque, à cause d'un défaut de compétence, d'une fraude, d'un vice flagrant équivalant à un excès de pouvoir, ou d'une violation évidente de la loi, l'acte attaqué doit être considéré comme frappé d'une nullité radicale.

Déjà au premier quart de notre siècle, une définition précise de l'*ultra vires* était difficile à établir. Le juge en chef Lamothe formule certains principes dans *Ville de La Tuque v. Desbiens* (1919), 30 B.R. 20. La municipalité avait commis une série d'actes dont on recherchait la nullité par l'action directe du *Code de procédure civile*. La déclaration de principe du Juge en chef que l'on trouve en p. 21 fut reprise maintes fois par nos tribunaux:

Deux grands principes ont été affirmés dans des décisions antérieures; ce sont les deux phares qui doivent nous guider: Quand il s'agit d'une nullité absolue, on peut toujours recourir à l'article 50 C. proc. Quand il s'agit d'illégalités provenant d'informalités, et d'irrégularités, il faut recourir au mode spécial indiqué par la loi, lorsqu'il y en a un.

Il n'est pas toujours facile de distinguer si un acte municipal attaqué est nul absolument ou s'il est simplement annulable. Quelquefois cette distinction apparaît



remains confused and obscure. If a municipal council undertakes a business without having been expressly empowered to do so, there will be no hesitation in declaring that undertaking *ultra vires*. If a municipal council does an act which is strictly speaking within the limits of its powers, but does that act in some way other than that prescribed by law, the distinctions commence. The courts have often set aside municipal decisions perpetrating a manifest injustice against one or more taxpayers; the fact that the decision appears arbitrary, oppressive or improper may lead the courts to regard it as void *ab initio*. The tendency in the decisions has been to regard a gross abuse of jurisdiction as amounting to an excess of jurisdiction. The words "*ultra vires*" have thereby been given a wider meaning.

## 2. *Ultra Vires*: its Various Manifestations

It can thus be seen that, in municipal law, *ultra vires* refers to the most serious defects. The expression means "outside the jurisdiction of" and may be synonymous with absolute nullity. We must determine more exactly how the courts have treated grounds for intervention by the Superior Court through its superintending and reforming power, so as to distinguish lack, abuse and excess of jurisdiction and decide where the case at bar falls and how it can or should be disposed of.

### (a) *Lack of Jurisdiction*

A municipality, which is a creature of statute, has only the powers expressly delegated to it or resulting directly from powers so delegated. Acting otherwise goes to the very existence of the power, since the administrative authority has no jurisdiction to act as it is doing. This lack of jurisdiction may relate to the subject-matter, the territory or the person. In municipal law, most examples of this situation occur in the field of taxation.

In *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403, this Court restated the rules to be followed in determining the proper remedy for an alleged illegality. Taking into account the particular nature of the act, Beetz J. approached the question in the form of two assumptions. If the municipality used an incorrect method or an erroneous rule of valua-

clairement; d'autres fois, elle reste confuse et nuageuse. Si un conseil municipal entreprend un commerce sans que le pouvoir exprès lui en ait été donné, on n'hésite pas à déclarer cette entreprise *ultra vires*. Si un conseil municipal fait un acte qui entre, strictement parlant, dans la limite de ses pouvoirs, mais qu'il fait cet acte autrement que la loi lui prescrit de le faire, les distinctions commencent. Les tribunaux ont souvent annulé des décisions municipales comportant une injustice criante à l'égard d'un ou de plusieurs contribuables; le fait qu'une décision apparaît arbitraire, oppressive et abusive, peut porter les tribunaux à la considérer comme nulle *ab initio*. La tendance de la jurisprudence a été de considérer un abus criant de pouvoir comme équivalent à un excès de pouvoir. Les mots *ultra vires* ont reçu par là une signification plus large.

## 2. *L'ultra vires*: ses diverses manifestations

On voit donc qu'en droit municipal, l'*ultra vires* réfère aux vices les plus graves. L'expression signifie à «l'extérieur de la compétence» et peut être synonyme de nullité absolue. Il nous faut cerner de plus près le traitement jurisprudentiel des motifs d'intervention de la Cour supérieure par le biais de son pouvoir de contrôle et de surveillance, pour distinguer l'absence, l'abus et l'excès de pouvoir afin de décider où se situe la présente espèce et la façon dont on peut ou doit en disposer.

### a) *L'absence de compétence*

Créature de la loi, une municipalité ne possède que les pouvoirs qui lui ont été délégués expressément ou qui découlent directement de pouvoirs ainsi délégués. Agir autrement constitue une atteinte à l'existence même du pouvoir puisque l'autorité administrative n'a aucune compétence pour agir comme elle le fait. Cette incompétence peut avoir trait à la matière, le territoire ou la personne. En droit municipal, la plupart des illustrations de cette situation se retrouvent en matière de taxation.

Dans *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Ste-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, notre Cour a rappelé les principes à suivre pour déterminer le recours approprié face à l'illégalité alléguée. Tenant compte de la spécificité de l'acte, le juge Beetz a envisagé la question sous la forme de deux hypothèses. Si la municipalité a employé une méthode fautive ou un principe erroné

tion, a taxpayer who refrains from using or neglects to use the expeditious and special procedures provided by law will not be able to challenge the valuation roll (see *Shannon Realties, Ltd. v. Ville de St. Michel, supra*). If on the other hand it has valued a tax-exempt item for taxation purposes, its action will then be regarded as *ultra vires* and without jurisdiction and can be challenged in the ordinary superior courts of law (see *Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie, supra*). Having set forth these principles, Beetz J. considered the subject of the appeal. As the action asked the Court to vacate the valuation and collection rolls in respect of the appellant's land, which had been valued as an ordinary immovable, whereas it should have been recognized as "land under cultivation" within the meaning of s. 523 of the *Cities and Towns Act*, he considered that the city had valued a tax-exempt property and so committed an *ultra vires* act as it had no jurisdiction over property of this kind.

*Montreal Light, Heat & Power Cons. v. City of Westmount*, [1926] S.C.R. 515, applies the same rule. The city of Westmount had sued a power company to recover municipal and school taxes. In its defence the company alleged that the tax was illegal. The city had included electric meters in valuing the company's property. These meters were by their very nature tax-exempt, since not only were they movable property, they were placed on subscribers' premises temporarily. Though the taxpayer had neither challenged the valuation roll nor appealed pursuant to the *Cities and Towns Act* and the *Education Act*, the Court dismissed the action and vacated the roll in its entirety. It was clearly beyond the corporation's jurisdiction to tax them.

In *Soeurs Dominicaines de l'Enfant-Jésus v. Corporation de la paroisse St-Colomb-de-Sillery* (1928), 45 Que. K.B. 101, a challenge was made to the taxation of property owned by a charitable institution and used to hospitalize retired priests when this type of immovable property was exempted by law. The Court of Appeal distinguished among the appellants' allegations between grounds of simple illegality and *ultra vires* grounds. Létourneau J.A. said at p. 111:

d'évaluation, le contribuable qui s'abstient ou néglige d'avoir recours aux moyens expéditifs et spéciaux qui lui sont fournis par la loi, sera irrecevable à contester le rôle d'évaluation (voir *Shannon Realties, Ltd. v. Ville de St. Michel*, précité). Par contre, si elle a évalué pour fins d'imposition un objet exempt d'impôt, on tiendra alors que son geste est *ultra vires* et sans compétence et qu'il peut être attaqué devant les tribunaux supérieurs de droit commun (voir *Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie*, précité). Après avoir formulé ces principes, le juge Beetz considéra l'objet du pourvoi. Comme l'action visait à faire annuler les rôles d'évaluation et de perception quant à la terre de l'appelante qui avait été évaluée en tant qu'immeuble ordinaire, alors qu'elle aurait dû être reconnue comme «terre en culture» au sens de l'art. 523 de la *Loi des cités et villes*, il estima que la ville avait évalué un bien exempt d'impôt et commis par là un acte *ultra vires* n'ayant pas compétence sur un bien de cette sorte.

L'arrêt *Montreal Light, Heat & Power Cons. v. City of Westmount*, [1926] R.C.S. 515, applique la même règle. La cité de Westmount avait poursuivi en recouvrement de taxes municipales et scolaires une compagnie d'électricité. En défense, cette dernière invoqua l'illégalité de l'imposition. En effet la ville avait inclus des compteurs d'électricité dans l'évaluation des biens de la compagnie. Or, ces compteurs étaient de par leur nature exempts d'impôt puisque non seulement ils étaient des biens meubles mais ils étaient placés temporairement chez les abonnés. Même si le contribuable n'avait ni attaqué le rôle d'évaluation ni interjeté appel suivant la *Loi des cités et villes* et la *Loi de l'instruction publique*, la Cour a rejeté la poursuite et invalidé le rôle dans sa totalité. Il était clairement hors la compétence de la municipalité de les taxer.

Dans *Soeurs Dominicaines de l'Enfant-Jésus v. Corporation de la paroisse St-Colomb-de-Sillery* (1928), 45 B.R. 101, on contesta l'imposition d'une propriété appartenant à une institution de charité et destinée à hospitaliser des prêtres retirés alors que la loi exemptait ce type d'immeubles. La Cour d'appel a distingué parmi les allégations des appelantes entre des motifs de simples illégalités et des motifs d'*ultra vires*. Le juge Létourneau déclare à la p. 111:

[TRANSLATION] Only one of the grounds of appeal can be allowed, namely *ultra vires*; the others cannot give rise to the action which was brought, as pursuant to art. 50 C.C.P. In *L'Oeuvre du Patronage de St-Hyacinthe v. La Cité de St-Hyacinthe*, the situation was that of an estoppel based on the non-performance of an essential formal prerequisite which was imposed by the statute itself: the Patronage could only be subject to payment of the tax in question if it had first been given a bill for the cost of the work with supporting documentation, and this requirement had not been met.

In the case at bar, it must be recognized that the law (art. 693 Mun. C.) in principle exempts the properties of the appellant community, and this suffices for the court to say that, apart from the exception which we find in the provision, the corporation has no power to tax these properties.

Apart from the exceptional case which I have already mentioned, the corporation lacks any authority or jurisdiction: hence the *ultra vires*.

As the act alleged against the municipality was in the nature of a [TRANSLATION] "fundamental nullity *ab initio*: a total absence of power", the court concluded that the community was justified in bringing the direct action in nullity.

The rule is stated in *Brown v. Corporation of the Village of Asbestos* (1929), 67 C.S. 531. In that case the corporation had taxed a worker living outside the municipality who only entered it to work. The corporation had no jurisdiction over non-residents and had committed an act which was clearly *ultra vires* and could be challenged at any time in the Superior Court. White J. of the Superior Court said at p. 533 of his reasons:

It seems clear that if the part of the by-law complained of is *ultra vires* it can be attacked before the Superior Court at any time by anyone having an interest therein. It would be hard to believe that a by-law which was beyond the power of a Corporation to enact would become legal if no one contested it within three months.

Lack of jurisdiction is the clearest form of *ultra vires*, but as the writers Pépín and Ouellette point out

Un seul des moyens d'appel peut être retenu: l'*ultra vires*; les autres ne pouvaient donner lieu à l'action qui a été prise, celle de l'article 50 C. proc. Dans la cause de *L'Oeuvre du Patronage de St-Hyacinthe v. La Cité de St-Hyacinthe*, il s'agissait plutôt d'une fin de non recevoir basée sur l'inaccomplissement d'une formalité préalable essentielle et qui était imposée par le statut même: le Patronage ne pouvait être assujéti au paiement de la taxe dont il s'agissait que si, au préalable, on lui avait fourni une facture du coût des travaux avec, à l'appui, les pièces justificatives, et l'on ne s'était pas conformé à cette obligation.

Dans l'espèce, il faut reconnaître que la loi (art. 693 C. mun.) exempte en principe les propriétés de la communauté appelante, et ceci est suffisant pour nous permettre de dire que, sauf l'exception que nous trouvons au texte, la corporation est sans pouvoir quant à la taxation de ces propriétés.

Sauf le cas d'exception dont j'ai déjà parlé, la corporation est sans droit et incompétente; d'où l'*ultra vires*.

Considérant que l'acte reproché à la municipalité était de la nature d'une «nullité radicale *ab initio*: absence totale de pouvoir», la cour conclut que la congrégation était justifiée de recourir à l'action directe en nullité.

On retrouve la formulation du précepte dans *Brown v. Corporation of the Village of Asbestos* (1929), 67 C.S. 531. En l'espèce la corporation avait taxé un travailleur demeurant à l'extérieur de la municipalité et n'y venant que pour travailler. La corporation n'avait aucune compétence sur les non-résidents et avait posé là un acte clairement *ultra vires* qui pouvait être attaqué devant la Cour supérieure à tout moment. Le juge White de la Cour supérieure déclare à la p. 533 de ses notes:

[TRADUCTION] Il semble clair que si la partie du règlement contesté est *ultra vires*, elle peut être attaquée devant la Cour supérieure à tout moment par une personne intéressée. Il serait difficile de croire qu'un règlement qui outrepassait la compétence législative d'une corporation deviendrait légal s'il n'était pas contesté dans un délai de trois mois.

L'absence de compétence est la plus nette des formes d'*ultra vires* mais comme le rappellent les

(*Principes de contentieux administratifs* (2nd ed. 1982), at p. 88), the courts have extended judicial review under general civil law by applying the concept of *ultra vires* not only to conditions which govern only the existence of the power to act but also those relating to the way in which that power is exercised. Thus, although originally the administrative body had full powers over the subject-matter, territory or person, actions committed in exercising that power could affect its jurisdiction. This is when an act is said to be an abuse or excess of power.

(b) *Abuse of Power*

A municipality must exercise its powers in accordance with the purposes sought by the legislature. It vitiates its acts and decisions if it abuses its discretionary power. A municipal act committed for unreasonable or reprehensible purposes, or purposes not covered by legislation, is void. This illegality results not from the breach of specific provisions but from limitations imposed by the courts on the discretionary power of government and affects the substance of the disputed decision, since it is the reasons for the act which must be assessed. The courts will accordingly determine whether the act is fraudulent, discriminatory, unjust or affected by bad faith, in which case it will be treated as an abuse of power and clearly would not be covered by expiry of the three months allowed for the specific remedies.

In *Thériault v. Corporation de la Paroisse de Notre-Dame du Lac* (1903), 9 R. de J. 326, a by-law directed a property owner to contribute financially to the maintenance of a road when he did not benefit from it. The Superior Court allowed the direct action in nullity and regarded the act as an abuse of power, since a great injustice had been committed against the plaintiff.

In *Ville de Beaconsfield v. Brunet* (1920), 31 Que. K.B. 196, the town had adopted a by-law to abolish a road; it changed its mind and adopted another by-law reinstating the same road. The respondent challenged the latter by-law by a direct action in nullity, alleging *ultra vires*. Lamothe C.J. found there had been no *ultra vires* acts, since there was no indication of oppression. The Chief Justice considered that this

a auteurs Pépin et Ouellette (*Principes de contentieux administratifs* (2<sup>e</sup> éd. 1982), à la p. 88), les tribunaux ont étendu le contrôle judiciaire de droit commun en appliquant la notion d'*ultra vires* à des conditions ne régnant plus seulement l'existence de la compétence d'agir mais des modalités de son exercice. Ainsi même si à l'origine l'organe administratif a pleine compétence sur la matière, le territoire ou la personne, les gestes posés en cours d'exercice de cette compétence peuvent affecter sa juridiction. C'est alors qu'on dira d'un acte qu'il constitue un abus ou un excès de pouvoir.

b) *L'abus de pouvoir*

c Une municipalité doit exercer ses pouvoirs en poursuivant les fins voulues par le législateur. Elle entache ses actes et décisions si elle abuse de son pouvoir discrétionnaire. Un acte municipal posé à des fins déraisonnables ou condamnables ou à des fins non prévues par la loi est nul. Cette illégalité ne résulte pas de la violation de textes précis mais dérive de limites imposées par les tribunaux au pouvoir discrétionnaire de l'administration et touche le fond de la décision contestée puisque ce sont les motifs de l'acte qu'il faut évaluer. C'est ainsi que les tribunaux vérifieront si l'acte est frauduleux, discriminatoire, injuste ou empreint de mauvaise foi. Auquel cas il sera qualifié d'abus de pouvoir et ne saurait être couvert par l'expiration des trois mois requis pour les recours spécifiques.

d Dans *Thériault v. Corporation de la Paroisse de Notre-Dame du Lac* (1903), 9 R. de J. 326, un règlement ordonnait à un propriétaire de participer financièrement à l'entretien d'une route alors qu'il n'en profitait pas. La Cour supérieure a accueilli l'action directe en nullité et a qualifié l'acte d'abus de pouvoir puisqu'une grande injustice avait été commise à l'endroit du demandeur.

e Dans *Ville de Beaconsfield v. Brunet* (1920), 31 B.R. 196, la ville avait adopté un règlement pour abolir un chemin, elle s'est reprise et en a adopté un autre rétablissant ce même chemin. L'intimée a attaqué par action directe en nullité ce dernier règlement en alléguant l'*ultra vires*. Le juge en chef Lamothe n'y a pas vu d'actes *ultra vires* puisqu'il n'y avait là aucun signe d'oppression. Pour le Juge en

was simply a relative nullity and as the council acted within its powers, use of the direct action in nullity was denied.

In *Corporation de la Rivière du Gouffre v. Larouche* (1925), 39 Que. K.B. 267, Bernier J.A. expressed the opinion that minutes prepared, homologated and given effect on the same day without the required public notices was an abuse of power. He allowed the direct action in nullity and stated, at p. 270, that the illegality was fatal:

[TRANSLATION] This is not a mere irregularity or even a mere illegality: it is a fundamental abuse of the powers of a municipal council.

In *Corporation du village de St-Ulric de la Rivière Blanche v. Corporation du comté de Matane* (1924), 38 Que. K.B. 247, we read at p. 252:

[TRANSLATION] On the determination of how far the Superior Court can go, the decisions of the courts seem to have varied depending on the particular circumstances. It has been held that the Court had the right to intervene in the case of a flagrant and oppressive injustice, amounting to an abuse of authority such that it indicated bad faith and could be regarded as fraud and an excess of power; that is the furthest that it can go.

In *Corporation de la paroisse St-Joseph de Maskinongé v. Boucher*, *supra*, the owners of immovable property assessed for the maintenance of a water-course asked that the decision of the corporation be vacated. The action was dismissed because the plaintiffs could not prove abuse of power. The Court of Appeal held that in the absence of proof of a lack of jurisdiction, fraud, a flagrant defect amounting to fraud or a breach of the law, in short without proof of a fundamental nullity, there was no basis for use of the direct action.

Pratte J.A. applied this principle in *Corporation de St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] Que. Q.B. 475. Taxpayers complained of the corporation's hasty decision to build a bridge across the Chaudière River, and especially of the way the cost was allocated. In the circumstances, the judge considered that as the corporation acted in good faith the allegation of *ultra vires* should be dismissed. At page 478, he said:

chef, il s'agissait plutôt d'une nullité relative et comme le conseil a agi à l'intérieur de sa compétence, le recours à l'action directe en nullité a été refusé.

Le juge Bernier a émis l'opinion dans *Corporation de la Rivière du Gouffre v. Larouche* (1925), 39 B.R. 267, qu'un procès-verbal rédigé, homologué et mis en vigueur le même jour en l'absence des avis publics requis était un abus de pouvoir. Il a accueilli l'action directe en nullité et affirmé à la p. 270 que l'illégalité était fatale:

Ce n'est pas une simple irrégularité, ni même une simple illégalité; c'est un abus radical des pouvoirs d'un conseil municipal.

Dans l'arrêt *Corporation du village de St-Ulric de la Rivière Blanche v. Corporation du comté de Matane* (1924), 38 B.R. 247, on lit à la p. 252:

Sur la détermination de la limite jusqu'où la Cour supérieure peut aller la jurisprudence a pu paraître varier, suivant les espèce (*sic*) particulières. On a décidé qu'elle avait le droit d'intervenir dans le cas d'une injustice criante et oppressive, constituant un abus d'autorité tel qu'il marquait de la mauvaise foi et pouvait être assimilé à la fraude et à l'excès de pouvoir; c'est le plus loin qu'on pouvait aller.

Dans *Corporation de la paroisse St-Joseph de Maskinongé v. Boucher*, précité, des propriétaires dont les immeubles avaient été rattachés à l'entretien d'un cours d'eau, demandaient l'annulation de la décision de la corporation. On a rejeté l'action parce que les demandeurs ne pouvaient prouver l'abus de pouvoir. La Cour d'appel affirma qu'en l'absence de preuve sur le défaut de compétence, la fraude, le vice flagrant équivalant à fraude ou la violation de la loi, bref sans la preuve d'une nullité radicale, le recours à l'action directe est sans fondement.

Le juge Pratte a repris ce principe dans *Corporation de St-Joseph de Beauce v. Lessard*, [1954] B.R. 475. Des contribuables se plaignaient de la décision hâtive de la corporation de construire un pont traversant la rivière Chaudière et surtout de la répartition des coûts. En l'espèce, le juge a considéré que la corporation ayant agi de bonne foi, l'allégation d'*ultra vires* devait être rejetée. On peut lire à la p. 478:

[TRANSLATION] The scope of art. 50 C.C.P. has been so often explored that it would be superfluous to review the many cases to which it has given rise and which have determined its limits. We need only recall that the courts have consistently held that an action under art. 50 C.C.P. is available against municipal proceedings in cases of excess of power, fraud and also when a breach of the law or an abuse of power amounting to fraud creates a flagrant injustice.

This passage was adopted by this Court in *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, *supra*, at p. 556, where Abbott J. reiterated that the burden of proving that the municipal authority acted for fraudulent purposes rests with those asking that its decision be set aside. As the company had not discharged its burden, the direct action in nullity was dismissed. The same rule was applied in *Beauchamp v. Cité d'Outremont*, [1970] C.A. 286, in which a taxpayer's action was dismissed because he had not been able to prove fraud.

(c) *Serious Illegalities Which Are Not Mere Irregularities or Formal Defects*

Other forms of illegality relied on in the courts deal with an organization's failure to observe the necessary formalities in exercising its powers. The infringement cited by the appellant appears to be of this nature.

Under art. 14 of the *Municipal Code* no action, suit or proceeding founded upon form or upon the omission of any formality, even a mandatory one, in any act or proceeding relating to municipal matters may be entertained unless the form or omission has caused substantial injustice or the formality omitted is such that the omission invalidates, under the provisions of the *Municipal Code*, the proceedings or other municipal acts requiring such formality. Section 11 of the *Cities and Towns Act* and s. 3 of the *Act respecting Municipal Taxation*, R.S.Q., c. F-2.1, are to the same effect. Nonetheless, these sections deal only with formal defects (see *City of Beaconsfield v. Bagosy*, *supra*). In *Droit municipal québécois* (1984), t. 2, Professor Jacques L'Heureux states, at pp. 319-20:

Le champ d'application de l'art. 50 C. P. a été si souvent exploré qu'il serait fastidieux de passer en revue les nombreux arrêts auxquels il a donné lieu et qui en ont fixé les limites. Rappelons seulement que, suivant une jurisprudence constante, il y a lieu à l'action de l'art. 50 C. P., à l'encontre des procédés municipaux, dans le cas d'excès de pouvoir, dans le cas de fraude, et aussi lorsqu'une violation de la loi ou un abus de pouvoir équivalant à fraude a pour effet une injustice flagrante.

Ce passage a été repris par notre Cour dans *Cité de Sillery v. Sun Oil Co.*, précité, à la p. 556, où le juge Abbott a réitéré que le fardeau de prouver que l'autorité municipale a agi à des fins frauduleuses appartient à ceux qui demandent l'annulation. Comme la compagnie ne s'était pas déchargée de son fardeau, l'action directe en nullité a été rejetée. Cette même règle a prévalu dans *Beauchamp c. Cité d'Outremont*, [1970] C.A. 286, où un contribuable fut débouté parce qu'il n'était pas parvenu à prouver la fraude.

c) *Les illégalités graves qui ne sont pas de simples irrégularités ou informalités*

D'autres formes d'illégalités invoquées devant les tribunaux portent sur le non-respect par un organisme, de formalités requises dans l'exercice de ses pouvoirs. La violation invoquée par l'appelante serait de cette nature.

En vertu de l'art. 14 du *Code municipal*, nulle action, poursuite ou procédure fondée sur la forme ou sur l'omission de formalités même impératives, dans des actes ou procédures relatifs à des matières municipales, n'est recevable, à moins que la forme ou l'omission n'ait causé une injustice réelle ou que les formalités omises ne soient de celles dont l'omission rende nuls, d'après les dispositions du *Code municipal*, les procédures ou autres actes municipaux qui doivent en être accompagnés. L'article 11 de la *Loi sur les cités et villes* et l'art. 3 de la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1, sont au même effet. Néanmoins, ces articles ne touchent que les simples informalités (voir *City of Beaconsfield c. Bagosy*, précité). Le professeur Jacques L'Heureux dans *Droit municipal québécois* (1984), t. 2, affirme aux pp. 319 et 320:

[TRANSLATION] According to the decided cases, when a formality is an essential condition for the validity of an act, its omission causes the act to be null and void without it being necessary to prove any damage.

The notions of “essential formality” and “essential element” are still not well defined in the cases, however. In fact it can be said that, generally speaking, the courts quash an act for a procedural irregularity when the purpose of the procedure has not been achieved.

The courts have established that illegalities which impair the substance of a proceeding or which affect a fundamental right are open to a broader challenge. This Court ruled in *Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861, on the importance of the publicity surrounding a regulatory act. In that case the Court quashed a by-law imposing a business tax and authorizing the council to set the rate by an ordinary resolution. This procedure had allowed the city to delegate to itself a power it was only entitled to exercise in accordance with a strict publicity procedure. This Court recognized that the subdelegation infringed a mandatory and substantive rule, since in setting the business tax the city used a method of adoption different from that provided by law. It is in this sense that the city’s act was characterized as *ultra vires*. At page 874, the Court said:

The Council thus wrongfully used the Charter and the Act to authorize itself to do by way of resolution what it could only do by by-law. It delegated to itself the power to set the rate by way of resolution, whereas the Legislature had conferred this power on it with a requirement that it be exercised by a by-law. The Council of the City of Dorval in this way exceeded its jurisdiction, which provided a basis for remedy under art. 33 C.C.P.

*Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.* (1903), 13 Que. K.B. 19, was to the same effect. A contract concluded pursuant to a resolution rather than a by-law was regarded as null and void, since it lacked the valid consent of the corporation. Lacoste C.J. considered that the precondition for valid exercise of the power had not been met and that this was not a mere formal defect. Consequently, the act was absolutely null and void and there was no need to

En vertu de la jurisprudence, lorsqu’une formalité est une condition essentielle à la validité d’un acte, son omission entraîne la nullité de l’acte sans qu’il soit nécessaire de prouver préjudice.

Les notions de «formalité essentielle» et d’«élément essentiel» demeurent, toutefois, assez imprécises en jurisprudence. En fait, on peut dire que, globalement parlant, les tribunaux annulent un acte pour irrégularité de procédure lorsque le but de la procédure n’a pas été atteint.

La jurisprudence a établi que les illégalités qui atteignent la procédure dans sa substance ou qui affectent un droit fondamental sont admissibles à une contestation élargie. Notre Cour s’est prononcée dans *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861, sur l’importance de la publicité entourant l’acte réglementaire. La Cour a alors annulé un règlement qui décréait une taxe d’affaires et autorisait le conseil à en fixer le taux par simple résolution. Cette façon de faire avait permis à la ville de se déléguer un pouvoir qu’elle n’était en droit d’exercer que suivant une procédure de publicité rigoureuse. Notre Cour a reconnu que cette sous-délégation enfreignait une règle impérative et substantielle puisque la ville recourait, en fixant la taxe d’affaires, à un mode d’adoption différent de celui prévu par la loi. C’est en ce sens qu’on a qualifié l’acte de la ville d’*ultra vires*. On peut lire à la p. 874:

Le conseil s’est ainsi autorisé, sans droit, de la charte et de la loi pour faire par résolution ce qu’il ne pouvait faire que par règlement. Il s’est délégué le pouvoir d’arrêter le taux par résolution alors que la législature lui avait conféré ce pouvoir avec obligation de l’exercer par règlement. Le conseil de la cité de Dorval a, de cette façon, excédé sa juridiction ce qui donne ouverture au recours de l’art. 33 *C.p.c.*

L’arrêt *Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.* (1903), 13 B.R. 19, était au même effet. Un contrat passé en vertu d’une résolution plutôt que d’un règlement fut considéré nul, faute du consentement valable de la corporation. Le juge en chef Lacoste a estimé que c’était la condition de l’exercice valide du pouvoir qui manquait et qu’il ne s’agissait pas là d’une simple informalité. Conséquemment, l’acte était frappé de nullité absolue sans devoir exi-

require proof of injustice resulting from the omission of essential formalities. In the court's view, the failure to proceed in the required way resulted in absolute nullity of the resolution and the contract itself.

In *Ville de La Tuque v. Desbiens*, *supra*, a by-law authorizing municipal work had been passed without the corporation having the money necessary to pay for it on hand. This act was characterized as *ultra vires* and gave rise to a direct action in nullity.

Failure to obtain approval is often cited as a substantial illegality on the basis of which an act can be quashed. In *Corporation municipale du Village de Ste-Anne-du-Lac v. Hogue*, [1959] S.C.R. 38, the municipality had passed a resolution awarding a waterworks franchise but had failed to obtain the approval of a majority of the electors who were property-owners and of the Lieutenant Governor in Council as required by law. This failure to obtain the necessary approval was regarded as rendering the contract absolutely null and void. In the opinion of Taschereau J., [TRANSLATION] "The municipal council's act is absolutely null and void, and this can be pleaded by any of the parties concerned" (p. 40). It can be seen that in his reasons he is very careful to distinguish a fundamental nullity from a simple failure to comply with formal requirements. At page 42, he observes:

[TRANSLATION] This is not an objection to the form or a failure to comply with formal requirements, but rather an allegation of fundamental nullity, which the appellant was justified in relying on as a basis for refusing to recognize the legal existence of an exclusive franchise, without this proceeding having been previously quashed. . . [Emphasis in original.]

In *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, this Court held that a contract signed by the city was absolutely null and void because the approval of the Municipal Commission required by law had never been obtained.

In *Théberge v. Métabetchouan (Town)*, [1987] 2 S.C.R. 746, this Court penalized the failure to observe the minimum fifteen-day delay that must be allowed between the publication of notice of a poll and the vote as provided by the *Cities and Towns Act*.

ger la preuve d'une injustice résultant de l'omission de formalités essentielles. Pour la cour, le défaut de procéder de la manière requise entraînait la nullité absolue de la résolution et du contrat lui-même.

Dans *Ville de La Tuque v. Desbiens*, précité, un règlement autorisant des travaux municipaux avait été passé sans que la corporation n'ait en caisse la somme requise au paiement. Cet acte fut qualifié d'*ultra vires* et donna ouverture à l'action directe en nullité.

Les défauts d'approbation sont souvent invoqués comme des illégalités substantielles susceptibles de faire annuler un acte. Dans *Corporation municipale du Village de Ste-Anne-du-Lac v. Hogue*, [1959] R.C.S. 38, la municipalité avait passé une résolution pour accorder une franchise d'aqueduc mais avait négligé d'obtenir l'approbation de la majorité des électeurs propriétaires et du lieutenant-gouverneur en conseil comme la loi l'exigeait. Ce défaut d'obtenir l'approbation requise fut considéré comme frappant le contrat de nullité absolue. Pour le juge Taschereau, «L'acte du conseil municipal est frappé d'une nullité absolue, que toutes les parties intéressées peuvent invoquer» (p. 40). Dans ses notes on peut voir qu'il prend bien soin de distinguer la nullité radicale de la simple omission de remplir des formalités. À la page 42, il observe:

Il ne s'agit pas ici, en effet, d'une objection faite à la forme, ou d'omission de remplir des formalités, mais bien d'une nullité radicale, que l'appelante était justifiée d'invoquer pour refuser de reconnaître l'existence légale d'une franchise exclusive, sans que l'annulation de cette procédure ait été préalablement prononcée . . . [En italique dans l'original.]

Dans *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, notre Cour a déclaré qu'un contrat signé par la ville était nul de nullité absolue parce que l'approbation de la Commission municipale exigée par la loi n'avait jamais été obtenue.

Dans *Théberge c. Métabetchouan (Ville)*, [1987] 2 R.C.S. 746, notre Cour a sanctionné le défaut de respecter le délai minimum de quinze (15) jours qu'il doit y avoir entre la publication de l'avis de scrutin et la consultation prévu par la *Loi des cités et villes*. Les



The judges of the Superior Court and the Court of Appeal had dismissed the action, considering that the evidence disclosed no actual damage, no flagrant injustice and no trace of any excess of power. Lamer J. rejected this reasoning because of the special provisions of the Act, and in particular of s. 335 of the *Cities and Towns Act*. That section provides that no election shall be declared invalid simply by reason of non-compliance with the provisions of the Act regarding delays, “unless it appear to the court that such non-compliance may have affected the result of the election” (emphasis added). Lamer J. concluded on the basis of the slim majority of votes obtained in the election that a few days more might have had a decisive effect on the election and that the formal defect was significant. He concluded that the poll was invalid and declared the by-law to be inoperative. It may be noted that the action was brought promptly after the acts alleged.

Like lack of approval, insufficient or defective notice may impair the essential validity of an act and affect the rights which the legislature sought to protect. Such illegalities are sufficiently serious to justify the exercise of the superintending and reforming power and an extension of the time for filing an objection.

The regulatory authority a corporation has is limited by certain statutory requirements, including the right to be heard. This principle is set forth in *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512. This Court had to decide whether s. 206(5) of the *Metropolitan Winnipeg Act*, which provided for a separate remedy subject to a three-month prescription, applied to the disputed act, namely a failure to observe the publicity rules in adopting a by-law. The appellants were asking the Court to invalidate an amendment to a zoning by-law on the ground of insufficiency of the notices appearing in the columns of two newspapers, but never sent to the parties concerned as required by the Act. Hall J. concluded that the municipal by-law was absolutely void because individuals had not been given a real opportunity to be heard, and allowed the action for a declaratory judgment to go forward despite the

juges de la Cour supérieure et de la Cour d’appel avaient rejeté l’action considérant que la preuve ne révélait aucun préjudice actuel, nulle flagrante injustice et pas de trace d’un quelconque excès de pouvoir. Le juge Lamer a écarté ce raisonnement en raison des dispositions particulières de la Loi et plus spécifiquement de l’art. 335 de la *Loi des cités et villes*. Cet article prescrit en effet qu’aucune élection ne devient nulle simplement en raison du non-respect de la loi en ce qui a trait aux délais fixés «à moins qu’il ne paraisse au tribunal que cet inaccomplissement a pu influencer sur le résultat de l’élection» (je souligne). Le juge Lamer a retenu la mince majorité des votes obtenus lors de l’élection pour conclure que quelques jours de plus auraient pu avoir un effet déterminant sur l’élection et a reconnu l’importance de l’informalité. Il a conclu à la nullité du scrutin et a déclaré sans effet le règlement. À noter que l’action fut intentée en toute diligence après les actes reprochés.

Des avis insuffisants ou défectueux, tout comme une approbation déficiente, peuvent porter atteinte à la validité de l’acte dans sa substance et affecter des droits que le législateur a voulu protéger. Ces illégalités ont un degré suffisant de gravité pour justifier l’exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle et une extension du délai de contestation.

Le pouvoir réglementaire dont dispose une corporation est circonscrit par certaines exigences statutaires, dont le droit d’être entendu. Ce principe est consacré par l’arrêt *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512. Notre Cour fut appelée à décider si le par. 206(5) du *Metropolitan Winnipeg Act*, qui prévoyait un recours distinct assorti d’une prescription de trois mois, s’appliquait à l’acte attaqué, soit un manquement aux règles de publicité lors de l’adoption d’un règlement. Les appellants voulaient faire annuler une modification au règlement de zonage au motif d’insuffisance des avis de motion qui avaient été affichés dans les colonnes de deux journaux mais n’avaient jamais été envoyés aux intéressés comme la loi l’exigeait. Le juge Hall a conclu à la nullité absolue du règlement municipal parce qu’on n’avait pas offert aux citoyens une possibilité réelle de se faire entendre, et a permis l’exer-

fact that the special remedy had expired. Citing certain commentary, he said at p. 524:

The law in this regard is stated by Rogers in *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 2, p. 893, as follows:

... if a by-law is within the power of the council and remains unimpeached within the time limited, it is validated by the effluxion of time.

It must be stressed, however, that the curative effect of a failure to quash a by-law is limited to by-laws which are merely voidable and not void. The courts have made a distinction between these two classes of illegal by-laws. A voidable by-law is one that is defective for non-observance or want of compliance with a statutory formality or an irregularity in the proceedings relating to its passing and is therefore liable to be quashed whereas a void by-law is one that is beyond the competence to enact either because of complete lack of power to legislate upon the subject matter or because of a non-compliance with a prerequisite to its passing.

Even if the by-law was voidable only as argued by the respondent, I do not think that s. 206 of *The Metropolitan Winnipeg Act*, *supra*, would bar the action for a declaratory judgment declaring the by-law invalid.

In *Eaton v. St. James Assiniboia Community Committee*, [1974] 2 W.W.R. 342, the Manitoba Court of Queen's Bench held that the by-law was voidable only because the appellant had not proven that the procedural irregularities made it void. The court noted that the particular remedy did not cover the invalid by-law and that if the latter had been void because of failure to observe the prerequisites to its passing, it would have been inoperative.

In *City of Beaconsfield v. Bagosy*, *supra*, the Quebec Court of Appeal clearly established that public notices sent to affected owners must be sufficiently detailed to enable persons covered by the by-law to know how their rights will be affected. In his reasons, Bélanger J.A. wrote at p. 95:

cice du recours déclaratoire malgré la déchéance du recours spécial. En citant la doctrine, il précise à la p. 524:

[TRADUCTION] Le droit à cet égard est exposé par Rogers dans *The Law of Canadian Municipal Corporations*, vol. 2, p. 893, de la manière suivante:

... si un règlement municipal s'inscrit dans le cadre de la compétence du conseil et n'est pas contesté dans le délai imparti, il est rendu valide avec le temps.

Toutefois, il convient de souligner que l'effet curatif du défaut d'annuler un règlement est limité aux règlements qui sont simplement annulables et non nuls. Les tribunaux ont établi une distinction entre ces deux catégories de règlements illégaux. Un règlement annulable est celui qui est entaché d'un vice en raison du non-respect d'une formalité prévue par la loi ou d'une irrégularité dans les procédures relatives à son adoption et est par conséquent susceptible d'être annulé, tandis qu'un règlement nul est celui qui outre-passe la compétence législative soit en raison d'une absence complète du pouvoir de légiférer à l'égard de la question visée soit en raison du non-respect d'une condition préalable à son adoption.

Même si le règlement est annulable seulement de la manière invoquée par l'intimée, je ne crois pas que l'art. 206 de *The Metropolitan Winnipeg Act*, précité, constitue un obstacle à l'action visant à obtenir un jugement déclarant le règlement invalide.

Dans *Eaton v. St. James Assiniboia Community Committee*, [1974] 2 W.W.R. 342, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a décidé que le règlement était seulement annulable parce que l'appelante n'avait pas prouvé que les irrégularités procédurales ont rendu celui-ci nul. La cour précise que le recours particulier ne couvre pas le règlement invalide et que si celui-ci avait été nul à cause du non-respect de conditions essentielles à sa passation, il eût été sans effet.

Dans l'affaire *City of Beaconsfield c. Bagosy*, précitée, la Cour d'appel du Québec a établi clairement que les avis publics adressés aux propriétaires intéressés doivent être suffisamment détaillés pour permettre aux personnes touchées par le règlement de savoir dans quelle mesure leurs droits seront affectés. Dans ses notes, le juge Bélanger écrit à la p. 95:

[TRANSLATION] In my opinion, such a notice ought to have contained sufficient information for the persons affected to be aware that it was addressed to them: while it was not necessary to reproduce the entire amending by-law, it was essential that the group of owners who had rights to preserve be identified at least by the territory covered by the by-law and that the nature of the amendment, and thus the purpose of the by-law, be indicated.

In the opinion of the judges of the Court of Appeal, such insufficiency in the notices amounted to an absence of notice and made the by-law invalid.

In 1920 this Court also invalidated a by-law which had not been preceded by a valid notice of motion in accordance with a provision of the *Municipal Code* of the time (*Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon* (1920), 61 S.C.R. 40).

In *Desy v. Corporation de St-Constant* (1923), 36 Que. K.B. 202, the irregularity of a notice was urged as a basis for vacating a by-law. Allard J.A. pointed out that the taxpayer had nonetheless been informed and that there was no reason to regard the act as *ultra vires*. The court accordingly dismissed the action.

### 3. Nature of the Illegality Committed by the Corporation

In all these cases, the characterization of the nullity is considered and dealt with solely to determine whether the disputed act gives rise only to the special statutory remedy subject to a short prescription period or also to the superintending and reforming power of the Superior Court. It is clear that if the act is regarded as *ultra vires* the corporation, the direct action in nullity is admissible. Nonetheless, the appellant submits that another distinction should be made in the type of nullity sought, but this time to deny the Superior Court its discretionary power to dismiss the action on account of the plaintiff's behaviour. It argues that the nature of the acts committed by the corporation does not allow the Superior Court to do anything but find an absolute nullity to exist.

This argument ignores, first, the distinction that must be made between the right and the remedy, and

À mon sens, un tel avis devait contenir des informations suffisantes pour que les personnes intéressées se rendent compte que c'est à elles qu'il était adressé: sans qu'il n'ait été nécessaire qu'on y reproduise en entier le règlement de modification, il était essentiel que le groupe de propriétaires qui avaient des droits à faire valoir soient identifiés au moins par le territoire visé par le règlement et que la nature de la modification, donc l'objet du règlement, soit indiquée.

Pour les juges de la Cour d'appel une telle insuffisance dans les avis équivaut à une absence d'avis et entraîne l'annulation du règlement.

Notre Cour en 1920 a aussi déclaré nul un règlement qui n'était pas précédé d'un avis de motion valide conformément à une disposition du *Code municipal* de l'époque (*Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon* (1920), 61 R.C.S. 40).

Dans *Desy v. Corporation de St-Constant* (1923), 36 B.R. 202, on invoqua l'irrégularité d'un avis pour faire annuler un règlement. Le juge Allard fait remarquer que le contribuable a tout de même été avisé et qu'il n'y a pas lieu de qualifier l'acte d'*ultra vires*. La cour rejeta donc l'action.

### 3. La nature de l'illégalité commise par la corporation

Dans tous ces arrêts, la qualification de la nullité est abordée et traitée uniquement afin de déterminer si l'acte attaqué donne ouverture au seul recours spécial statutaire assujéti à une courte prescription ou également au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. Il est clair que si l'acte est considéré *ultra vires* des pouvoirs de la corporation, l'action directe en nullité est recevable. Pourtant, l'appellante soumet qu'il faut faire une autre distinction dans le type de nullité recherchée, mais cette fois-ci, pour nier à la Cour supérieure son pouvoir discrétionnaire de rejeter l'action en raison du comportement du demandeur. Elle prétend que le caractère des actes commis par la corporation ne permet pas à la Cour supérieure de poser d'autre geste que celui de constater la nullité absolue.

Cet argument ignore d'une part la distinction à faire entre le droit et le remède et, d'autre part, la

second, the nature of the direct action in nullity, which like the prerogative writs comes within the inherent superintending and reforming power of the Superior Court the exercise of which is by its very nature discretionary. The Quebec cases have always referred to art. 33 of the *Code of Civil Procedure* but the remedy has its origin in the common law and in the inherent powers of the superior courts.

It is true that the appellant was denied its right to be heard and that by not giving it notice of a meeting, the council neglected to seek and to obtain the approval required by law, namely that of certain "electors who are owners of taxable immoveables", including the appellant's principals. It is also beyond question that the appellant could rely on the invalidity of the loan by-laws through a direct action in nullity, since this is neither a mere irregularity nor a formal defect. The illegality alleged involves observance of the *audi alteram partem* rule and the exercise of the appellant's voting right. At first sight, the appellant was entitled to the remedy provided by the direct action in nullity. However, the insufficiency of the notice does not result in a complete absence of jurisdiction: rather, it brings into question a special requirement attached to the exercise by the corporation of its powers. Further, the said notice was insufficient only with regard to certain persons, and in its action the appellant is only asking that the by-laws be invalidated as to itself. The issue is not one of a total absence of notice or approval. The right to sufficient notice attaches only to the persons whom it benefits. In this context, it is important to distinguish between the right that is infringed and the remedial power relied on.

Saying that the direct action in nullity is available does not in every case mean that the plaintiff has thirty years to object. The thirty-year prescription of the direct action in nullity applies to the action at law, to the procedural conduit, while the discretionary power is inherent in the reforming jurisdiction of the Superior Court pursuant to art. 33 of the *Code of Civil Procedure*. It is the nature of this reforming power that must now be examined.

*C. The Action in Nullity Under Article 33 of the Code of Civil Procedure*

nature de l'action directe en nullité qui relève, à l'instar des brefs de prérogative, du pouvoir de surveillance et de contrôle inhérent de la Cour supérieure dont l'exercice est par nature discrétionnaire. La jurisprudence québécoise a toujours référé à l'art. 33 du *Code de procédure civile* mais le recours a ses assises dans la common law et dans les pouvoirs inhérents des cours supérieures.

Il est vrai qu'on a nié à l'appelante son droit d'être entendue et qu'en ne lui donnant pas d'avis d'assemblée, on a négligé de demander et d'obtenir une approbation que la loi requiert, soit celle de certains «électeurs propriétaires d'immeubles imposables», dont les auteurs de l'appelante. Il est aussi indéniable que l'appelante pouvait invoquer l'invalidité des règlements d'emprunt par le biais d'une action directe en nullité puisqu'il ne s'agit ni d'une simple irrégularité ni d'une informalité. L'illégalité alléguée met en cause le respect de la règle *audi alteram partem* et l'exercice du droit de vote de l'appelante. Celle-ci avait à première vue, un droit à la sanction offerte par l'action directe en nullité. Cependant, l'insuffisance des avis n'emporte pas une absence totale de juridiction, elle met plutôt en cause une exigence particulière attachée à l'exercice par la corporation de sa compétence. De plus, lesdits avis ont été insuffisants face à certaines personnes seulement. D'ailleurs l'appelante dans son action ne réclame l'annulation des règlements qu'à son endroit. Il ne s'agit pas d'une absence totale d'avis ou d'approbation. Le droit à l'avis suffisant n'est attaché qu'aux personnes à qui il bénéficie. Dans ce contexte, il est important de distinguer entre le droit qui est enfreint et le pouvoir remédiateur auquel on fait appel.

Dire que l'action directe en nullité est recevable n'implique pas dans tous les cas que le demandeur a trente ans pour se plaindre. La prescription trentenaire de l'action directe en nullité s'applique à la demande en justice, au conduit procédural alors que le pouvoir discrétionnaire est inhérent à la juridiction de contrôle que possède la Cour supérieure par le biais de l'art. 33 du *Code de procédure civile*. C'est la nature de ce pouvoir de contrôle qu'il faut maintenant examiner.

*C. Le recours en nullité de l'art. 33 du Code de procédure civile*

1. Origin of the Direct Action in Nullity

In Quebec, art. 33 of the *Code of Civil Procedure* confirms the Superior Court's power of judicial review and codifies the direct action in nullity against acts of the government and the administration. Professors Dussault and Borgeat (*Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 4), describe the direct action in nullity as follows, at p. 391:

A direct action in nullity, or action to quash, exercised before the Superior Court is unique to Quebec and issues from the "codification", in article 33 of the *Code of Civil Procedure*, of that Court's superintending and reform powers over the courts and inferior [bodies] under the jurisdiction of the Legislature of Quebec.

However, this legislative provision is only one of the several ways in which the superintending and reforming power of the superior courts is exercised. Extraordinary remedies (arts. 834 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*) and the motion for a declaratory judgment (arts. 453 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*) also enable the superior courts to review the acts of government and administrative authorities. The courts and certain writers have also recognized that the direct action did not result from the codification but existed through the common law well before its entry into the Code. Professor Patrick Théroux, in an article titled "La notion de délai raisonnable dans l'exercice d'un recours par voie d'action directe en nullité sous l'article 33 C.p.c.", in *Formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif* (1989), vol. 2, writes at p. 173:

[TRANSLATION] However, despite these important distinctions relating to the way in which the action should be brought, we should not lose sight of the fact that the very basis of the direct action in nullity is substantially the same as that of extraordinary remedies for the Code, namely that its essential purpose is to give effect to the Superior Court's superintending and reforming power.

Professor Gerald Le Dain, subsequently a judge of this Court, noted in "The Supervisory Jurisdiction in Quebec" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 788, at p. 796:

1. L'origine de l'action directe en nullité

Au Québec, l'art. 33 du *Code de procédure civile* confirme le pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour supérieure et codifie l'action directe en nullité des actes du gouvernement et de l'administration. Les professeurs Dussault et Borgeat (*Traité de droit administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1989), t. III), décrivent l'action directe en nullité comme suit à la p. 550:

L'action directe en nullité ou action en cassation devant la Cour supérieure est un recours propre au Québec découlant de la «codification», à l'article 33 du *Code de procédure civile*, du pouvoir de réforme, de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure du Québec sur les tribunaux et organismes inférieurs relevant de la compétence du Parlement du Québec.

Cette disposition législative ne représente pourtant qu'un des différents moyens d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle que possèdent les cours supérieures. Les recours extraordinaires (art. 834 et suiv. du *Code de procédure civile*) et la requête en jugement déclaratoire (art. 453 et suiv. du *Code de procédure civile*) permettent aussi aux tribunaux supérieurs de surveiller les actes des autorités gouvernementales et administratives. La jurisprudence et certains auteurs ont d'ailleurs reconnu que l'action directe n'était pas née de la codification mais existait bien avant son entrée au Code de par la common law. Le professeur Patrick Théroux dans un article intitulé «La notion de délai raisonnable dans l'exercice d'un recours par voie d'action directe en nullité sous l'article 33 C.p.c.», dans *Formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif* (1989), vol. 2, écrit à la p. 173:

Cependant, en dépit de ces distinctions importantes au niveau du cheminement procédural du recours, il ne faut pas perdre de vue que le fondement même de l'action directe en nullité est substantiellement de même nature que celui des recours qualifiés d'extraordinaires par le Code à savoir, qu'il vise essentiellement à mettre en oeuvre le pouvoir de surveillance et de réforme de la Cour supérieure.

Le professeur Gerald Le Dain, plus tard juge de notre Cour, note dans «The Supervisory Jurisdiction in Quebec» (1957), 35 *R. du B. can.* 788, à la p. 796:

... despite the extent to which the general jurisdiction and procedure have been codified, there is a common law of judicial control in Quebec which continues to be an important source of principles and rules.

In *Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 607, Fauteux J. traced the development of the traditional power that devolved on the superior courts. At pages 615-18, he said the following:

[TRANSLATION] On the day it was created in 1849, the Superior Court acquired full trial level civil jurisdiction, and in particular the superintending jurisdiction, until then exercised by the Court of Queen's Bench: *cf 12 Victoria*, c. 38, s. VII. At the same time, it was provided that the prerogative writs concerned in the exercise of this supervisory jurisdiction would henceforth be issued by the Superior Court: *cf 12 Victoria*, c. 41, s. XVI. The Superior Court thus inherited the supervisory power based on the common law exercised in England by the Court of King's Bench, on which the [Quebec] Court of King's Bench was modelled. This law dealing with judicial review of courts and bodies politic or corporate exercising judicial or quasi-judicial powers comes to us from the English public law introduced into Quebec at the time and by reason of the Conquest. Reference is made to this supervisory jurisdiction exercised in England by the Court of B.R. (*Banco Regis*) in *Groenvelt v. Burwell*.

In 1957 the Quebec Legislature, by 5-6 *Elizabeth II*, c. 15, s. 1, amended art. 50 C.C.P.—reproduced in art. 33 of the new Code—to expressly state that the Superior Court's superintending and reforming power over the lower courts would be limited to *courts within the jurisdiction of the Quebec Legislature*. A legislature is presumed to legislate within the limits of its jurisdiction. The Quebec Legislature does not have jurisdiction to amend, and there is no indication that by this 1957 amendment it intended to amend, the superintending and reforming power exercised by the Superior Court since before Confederation, as a consequence of both its enabling Act and the powers inherent in its function, over bodies which are now within the jurisdiction of Parliament and which perform a judicial or quasi-judicial function in the affairs of the province and render decisions which are enforceable there. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] ... malgré l'importance de la codification de la compétence générale et de la procédure, il existe au Québec un contrôle judiciaire de common law qui continue d'être une source importante de principes et de règles.

Dans l'arrêt *Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607, le juge Fauteux trace l'historique du pouvoir traditionnel dévolu aux cours supérieures. Aux pages 615 à 618, il s'exprime en ces termes:

Au jour où elle fut créée en 1849, la Cour supérieure acquit en plénitude la juridiction civile de première instance et particulièrement la juridiction de surveillance jusqu'alors exercée par la Cour du Banc du Roi, *cf 12 Victoria*, c. 38, art. VII. Au même temps, on décréta que les brefs de prérogatives, afférents à l'exercice de cette juridiction de surveillance, émaneraient désormais de la Cour supérieure, *cf 12 Victoria*, c. 41, art. XVI. La Cour supérieure devenait ainsi nantie du pouvoir de surveillance, basé sur la *common law*, qu'exerçait en Angleterre la *Court of King's Bench* sur laquelle la Cour du Banc du Roi fut modelée. Cette loi du contrôle judiciaire sur les tribunaux, corps politiques ou corporations exerçant des pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires, nous vient du droit public anglais introduit au Québec lors et par suite de la cession. On réfère à cette juridiction de surveillance, que possédait en Angleterre la *Court of B.R. (Banco Regis)*, dans la cause de *Groenvelt v. Burwell*.

C'est en 1957, par la loi 5-6 *Elizabeth II*, c. 15, art. 1, que la Législature de Québec amenda l'art. 50 C.P.C.,—reproduit à l'art. 33 du nouveau Code,—pour statuer expressément que le droit de surveillance ou de réforme de la Cour supérieure sur les tribunaux inférieurs serait limité aux *tribunaux relevant de la compétence de la Législature de Québec*. Une législature est présumée légiférer dans les limites de sa compétence. La Législature de Québec n'a pas la compétence pour modifier et rien n'indique qu'elle ait entendu modifier, par cet amendement de 1957, l'autorité de surveillance et contrôle que la Cour supérieure possède depuis avant la Confédération, tant en vertu de sa loi organique qu'en vertu des pouvoirs inhérents à sa fonction, sur les organismes qui relèvent maintenant de la compétence du Parlement et qui exercent une action judiciaire ou quasi judiciaire dans les affaires de la province et rendent des décisions qui y sont exécutoires. [En italique dans l'original.]

The principle that public authorities are subordinate to the supervisory power of the superior courts is the cornerstone of the Canadian and Quebec system of administrative law. Such judicial review is a necessary consequence of the rule of law as identified by Dicey in 1885 in his work *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. This principle is firmly rooted in the common law and is the source of the very foundations of the British system, on which our own is based. Dicey saw the rule of law as having three meanings: first, acts of the government are governed by ordinary law, as opposed to arbitrariness and wide discretionary authority; second, everyone is equal before the law; and third, everyone is amenable to the jurisdiction of the ordinary courts. These rules basically mean that the exercise of governmental authority must be controlled, and as a corollary, that the individual must have the appropriate remedies to protect himself against arbitrary action. In our legal and political system, judicial review of administrative action by the courts of law is based on these principles (see Brun and Tremblay, *Droit constitutionnel* (2nd ed. 1990), at pp. 626 et seq.; Chevrette and Marx, *Droit constitutionnel* (1982), at pp. 33 et seq.).

The Superior Court has acquired a supervisory jurisdiction inherited from the common law; and despite the codification of this power in the *Code of Civil Procedure*, the principles developed in this area both in England and in the other Canadian provinces remain. In *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638, Pratte J. wrote at p. 651:

This supervisory power of the superior courts over inferior tribunals was not exercised by means of an appellate procedure but rather through writs of prerogative like *mandamus*, prohibition and *certiorari*. The action in nullity or declaratory action was also recognized both in England and here as a proper procedure for the exercise of the control power . . . .

In *Vachon v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555, Pigeon J. stated that a litigant who meets all the conditions for arts. 834 et seq. and art. 33 of the *Code of Civil Procedure* to apply may choose between these two procedural routes. He

Le principe de subordination de l'administration publique au pouvoir de surveillance des cours supérieures est la pierre angulaire du système de droit administratif canadien et québécois. Ce contrôle judiciaire est une conséquence nécessaire de la *rule of law* telle qu'identifiée par Dicey dès 1885, dans son ouvrage *Introduction to the Study of the Constitution*. Ce principe est fortement ancré dans la common law et est à l'origine des fondements mêmes du régime britannique, dont s'inspire le nôtre. Dicey voyait trois sens à la *rule of law*: premièrement, le principe de légalité et la loi gouvernent les actes de l'autorité publique par opposition à l'arbitraire et aux vastes pouvoirs discrétionnaires; deuxièmement, tous sont égaux devant la loi; et troisièmement, tous sont justiciables devant les tribunaux de droit commun. Ces principes signifient fondamentalement que l'exercice du pouvoir public doit être contrôlé et en corollaire, que l'administré doit posséder les recours appropriés pour se protéger contre l'arbitraire. C'est à partir de ces principes que se fonde, dans notre système juridique et politique, le contrôle judiciaire des cours de justice sur l'action administrative (voir Brun et Tremblay, *Droit constitutionnel* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 626 et suiv.; Chevrette et Marx, *Droit constitutionnel* (1982), aux pp. 33 et suiv.).

La Cour supérieure a acquis une juridiction de surveillance héritée de la common law. Et malgré la codification de ce pouvoir au *Code de procédure civile*, les principes développés en la matière tant en Angleterre que dans les autres provinces canadiennes demeurent. Dans *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, le juge Pratte écrivait à la p. 651:

Ce pouvoir de surveillance des cours supérieures sur les tribunaux inférieurs ne s'exerce pas par le biais d'une procédure d'appel mais plutôt par brefs de prerogative, comme les brefs de *mandamus*, de prohibition et de *certiorari*. Tant en Angleterre qu'ici, on peut aussi utiliser l'action en nullité et le jugement déclaratoire pour exercer ce pouvoir de contrôle . . .

Dans l'arrêt *Vachon c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555, le juge Pigeon a énoncé que le justiciable rencontrant toutes les conditions d'ouverture des art. 834 et suiv. et de l'art. 33 du *Code de procédure civile* peut choisir entre ces deux

added that the Superior Court's supervisory power was not created by the codification of the articles and that the distinction between the two remedies is purely procedural. The Superior Court is asked to exercise its superintending and reforming power. The procedural vehicle for the exercise of the right may vary but in both cases the Superior Court's inherent power is the basis for the remedy.

## 2. Discretionary Nature of Remedy

The appellant argues that in a matter involving absolute nullity, the judge hearing the case has no discretion since his role is limited to finding that a nullity exists. It adds that discretion exists only where there is an abuse of power. Such an assertion fails to appreciate the bases of the superintending and reforming power and underestimates the essentially discretionary nature of the exercise by the Superior Court of its power. In response to this argument I would cite the following passage from Wade (*Administrative Law* (6th ed. 1988), at pp. 695-96):

When the remedy lies *ex debito justitiae*, as in these cases, this means that the court will normally exercise its discretion in the applicant's favour; it does not mean that the court has no discretion to withhold the remedy, for example, where there has been undue delay.

Like *certiorari*, the direct action in nullity derives from an essentially discretionary power. It was originally used to control abuses of power by the lower courts. Professor Wade considers that there is no doubt that judicial review of government acts is first and foremost discretionary. He writes, at p. 709 of the aforementioned volume:

Such a discretionary power may make inroads upon the rule of law, and must therefore be exercised with the greatest care. In any normal case the remedy accompanies the right. But the fact that a person aggrieved is entitled to *certiorari ex debito justitiae* does not alter the fact that the court has power to exercise its discretion against him, as it may in the case of any discretionary remedy. This means that he may have to submit to some administrative act which is *ex hypothesi* unlawful. For,

voies procédurales. Il a ajouté que le pouvoir de surveillance de la Cour supérieure n'a pas été créé par la codification des articles et que la distinction est purement procédurale entre les deux recours. On sollicite que la Cour supérieure exerce son pouvoir de surveillance et de contrôle. Le véhicule procédural pour l'exercice du droit peut varier mais dans les deux cas le fondement du recours relève du pouvoir inhérent de la Cour supérieure.

## 2. La nature discrétionnaire du recours

L'appelante soutient qu'en matière de nullité absolue, le juge saisi ne possède pas de discrétion puisque son rôle se limite à constater la nullité. La discrétion, ajoute-t-elle, n'existe qu'en matière d'abus de pouvoir. Une telle affirmation méconnaît les fondements du pouvoir de contrôle et de surveillance et mésestime la nature essentiellement discrétionnaire de l'exercice par la Cour supérieure de son pouvoir. En réponse à cet argument, je citerai ce passage de Wade (*Administrative Law* (6<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 695 et 696):

[TRADUCTION] Lorsque le redressement existe *ex debito justitiae*, comme dans ces affaires, cela signifie que la cour exercera normalement son pouvoir discrétionnaire en faveur du requérant; cela ne signifie pas que la cour n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser le redressement, par exemple lorsqu'il y a eu un retard indu.

L'action directe en nullité, tout comme le *certiorari*, dérive d'un pouvoir essentiellement discrétionnaire. À l'origine, il servait à contrôler les abus de pouvoir des tribunaux d'instances inférieures. Pour le professeur Wade, il ne fait aucun doute que le contrôle judiciaire de l'administration est d'abord et avant tout discrétionnaire. Il écrit à la p. 709 du volume précité:

[TRADUCTION] Un tel pouvoir discrétionnaire peut empiéter sur le principe de la primauté du droit et doit par conséquent être exercé avec la plus grande diligence. Dans une affaire normale, le redressement accompagne le droit. Toutefois, le fait qu'une personne lésée puisse avoir recours au *certiorari ex debito justitiae* ne change rien au fait que la cour a le pouvoir d'exercer son pouvoir discrétionnaire contre elle comme elle peut le faire dans le cas de tout redressement discrétionnaire. Cela signifie qu'elle peut avoir à se soumettre à un cer-



as has been observed earlier, a void act is in effect a valid act if the court will not grant relief against it.

According to the case law, the remedy is subject to the thirty-year prescription applicable to any court action, subject to special rights of action. Nevertheless, in *Côté v. Corporation of the County of Drummond*, [1924] S.C.R. 186, Anglin J. noted, at p. 188:

It may be that the remedy under [art. 33 C.C.P.] is so special and extraordinary that the granting of it is a matter of sound judicial discretion and that in certain cases it should not be accorded where there has been great delay, though short of thirty years, in bringing action.

In that decision, Mignault J. concluded with these observations (at pp. 191-92):

[TRANSLATION] I hasten to add, however, that while it cannot be said with respect to the action in nullity in the Superior Court that there is any other prescription strictly speaking than that of the general civil law, namely thirty years, the Superior Court, exercising an extraordinary jurisdiction under art. [33 C.C.P.], the appropriateness of which is left to its discretion, may very well refuse to intervene when too long a delay has been allowed to elapse before the application is made to have a municipal act set aside. (See the dictum of Andrews J. in *Thériault v. Notre-Dame-du-Lac*.) Without dealing with the distinction made by the courts of the province of Quebec between the action for irregularities in the Circuit Court and the action in nullity in the Superior Court, which I discussed in my dissenting opinion in *Ville Saint-Michel v. Shannon Realities, Limited*, I see nothing to prevent the Superior Court from taking into consideration the fact that the plaintiff had a readily available remedy by appeal or action in the Circuit Court or Magistrate's Court and did not make use of this. I am not saying that this circumstance is decisive, but when as in the case at bar it is complicated by a long and completely unexplained delay since the municipal act was given effect, I consider that the Superior Court may very well refuse to exercise its superintending and reforming authority. [Emphasis added.]

As I have already had occasion to say in commenting on these observations of Mignault J., in *Sidbec-Dosco Inc. v. Commission de la santé et de la*

tain acte administratif qui est par hypothèse illégal. Car, comme cela a été souligné précédemment, un acte nul est en fait un acte valide si le tribunal n'a pas accordé un redressement à l'égard de celui-ci.

<sup>a</sup> Selon la jurisprudence le recours est assujéti à la prescription trentenaire applicable à toute action en justice sous réserve des droits d'action particuliers. Néanmoins, le juge Anglin note dans *Côté v. Corporation of the County of Drummond*, [1924] R.C.S. 186, à la p. 188:

[TRANSLATION] Il se peut que le redressement que prévoit l'art. [33 C.p.c.] soit tellement spécial et extraordinaire que le fait de l'accorder constitue une question qui relève d'un pouvoir discrétionnaire légitime et que dans certains cas il ne doit pas être accordé lorsqu'il y a eu un retard important, bien qu'inférieur à trente ans, pour intenter l'action.

<sup>d</sup> Dans cette décision, le juge Mignault complète par ces propos (aux pp. 191 et 192):

<sup>e</sup> Je me hâte d'ajouter, cependant, que si l'on ne peut dire qu'il y ait à l'égard de l'action en nullité à la cour supérieure d'autre prescription proprement dite que celle du droit commun, trente ans, la cour supérieure, exerçant une juridiction extraordinaire sous l'art. [33 C.p.c.], dont l'opportunité est laissée à sa discrétion, peut très bien refuser d'intervenir lorsqu'on a laissé s'écouler un long délai avant de demander la cassation d'un acte municipal. (Voy. le dictum du juge Andrews dans *Thériault v. Notre-Dame-du-Lac*). Sans faire état de la distinction que faisait la jurisprudence de la province de Québec entre le recours pour irrégularités devant la cour de circuit et l'action en nullité à la cour supérieure, dont <sup>g</sup> j'ai parlé dans mon opinion dissidente dans *Ville Saint-Michel v. Shannon Realities, Limited*, je ne vois rien qui empêcherait la cour supérieure de prendre en considération le fait que le demandeur avait un recours facile par voie d'appel ou d'action devant la cour de circuit ou la cour de magistrat et qu'il n'en a pas profité. Je ne dis pas que cette circonstance est décisive, mais lorsqu'elle se complique, comme dans le cas actuel, d'un long délai, totalement inexpliqué depuis la mise en vigueur de l'acte municipal, je suis d'opinion que la cour supérieure peut très bien refuser d'exercer son droit de surveillance et de contrôle. [Je souligne.]

<sup>j</sup> Comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire en commentant ces remarques du juge Mignault, dans *Sidbec-Dosco Inc. c. Commission de la santé et de la*

*sécurité au travail*, [1987] R.J.Q. 197 (Sup. Ct.), at p. 200:

[TRANSLATION] It can thus be seen that although he makes a distinction between an irregularity giving rise only to a remedy in the Circuit Court and a nullity which also gives rise to an action in the Superior Court, he makes no distinction as regards the discretion enjoyed by the Superior Court to exercise or not exercise its superintending and reforming power.

The Quebec Court of Appeal has recognized the exercise of a discretion on grounds of delay in proceedings involving supervision of the administrative tribunals. Reference may be made in this regard to *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec v. Pillin, supra*, and to *Québec (Procureur général) v. Giroux*, [1988] R.J.Q. 1774. The latter case concerned a direct action in nullity against a decision of the Commission des affaires sociales. The action was brought in March 1984 and the disputed decision was dated December 1, 1981. The Court of Appeal described the 27-month delay as unreasonable and dismissed the action on this ground. Meyer J. (*ad hoc*) explained that the distinction between absolute and relative nullity has its place in municipal law, but that if the direct action is only a substitute for the writ of evocation, all challenges must be subject to the rule of a reasonable time limit. At pages 1776-77, he wrote:

[TRANSLATION] The respondent raises the question of absolute as opposed to relative nullity and argues that the case at bar involves an absolute nullity, and so it is only the thirty-year prescription that should apply and no concept of reasonable delay is relevant. However, I feel with respect that he is confusing the concepts which are relevant in the case of a direct action in nullity challenging a municipal by-law, for example, and a direct action in nullity which is only a substitute for a writ of evocation and which is challenging the decision of an administrative tribunal. In the case of by-laws which are challenged for nullity, the concept of absolute nullity really has its place, but mistake of law by an inferior tribunal in a decision that affects only the parties to that decision is certainly not the same thing. Moreover, all the case law cited by the respondent relates to by-laws.

On the basis of these observations the appellant argues that the nature of a direct action in nullity in a

*sécurité au travail*, [1987] R.J.Q. 197 (C.S.), à la p. 200:

On constate donc que bien qu'il fasse une distinction entre irrégularité qui donne ouverture au seul recours devant la Cour de circuit de nullité qui donne également ouverture à une action en Cour supérieure, il ne tire pas de distinction en ce qui touche la discrétion appartenant à la Cour supérieure d'exercer ou de ne pas exercer son pouvoir de contrôle et de supervision.

La Cour d'appel du Québec a reconnu l'exercice d'une discrétion pour motif de délai en matière de contrôle des tribunaux administratifs. À cet effet on peut citer *Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec c. Pillin*, précité, de même que *Québec (Procureur général) c. Giroux*, [1988] R.J.Q. 1774. Dans ce dernier cas, il s'agissait d'une action directe en nullité à l'encontre d'une décision de la Commission des affaires sociales. L'action avait été intentée en mars 1984 et la décision contestée datait du 1<sup>er</sup> décembre 1981. La Cour d'appel a qualifié de déraisonnable le délai de 27 mois et a rejeté l'action pour ce motif. Le juge Meyer (*ad hoc*) explique que la distinction entre nullité absolue et relative a sa place en droit municipal mais que si l'action directe n'est qu'un substitut au bref en évocation, toutes les contestations doivent se soumettre à la règle du délai raisonnable. Aux pages 1776 et 1777, on peut lire:

L'intimé soulève la question de nullité absolue par opposition à nullité relative et prétend que, dans le présent cas, il s'agit d'une nullité absolue et que donc c'est seulement la prescription de 30 ans qui doit s'appliquer et qu'aucune notion de délai raisonnable n'est pertinente. Toutefois, je crois, avec respect, qu'il mêle les notions qui sont pertinentes lorsqu'il s'agit d'une action directe en nullité qui attaque un règlement municipal, par exemple, et l'action directe en nullité qui n'est qu'un substitut au bref d'évocation et qui attaque une décision d'un tribunal administratif. Dans le cas des règlements qui sont attaqués pour nullité, la notion de nullité absolue a vraiment sa place, mais l'erreur de droit par un tribunal inférieur dans une décision qui n'affecte que les parties à cette décision n'est sûrement pas la même chose. D'ailleurs, toute la jurisprudence citée par l'intimé concerne les règlements.

L'appelante invoque ces propos pour prétendre que la nature de l'action directe en nullité en matière

by-law proceeding is distinct from the prerogative writs and that there is no reason to apply the decisions rendered on art. 33 of the *Code of Civil Procedure* against quasi-judicial decisions. It is true that the requirement of a reasonable time is expressly provided for in the *Code of Civil Procedure* with respect to extraordinary remedies. Nevertheless, under common law principles this requirement is still present in the exercise of the direct action in nullity. I do not understand the comments of Meyer J. as meaning that the direct action to invalidate a municipal by-law should not be brought promptly. The distinction he discusses is relevant to the choice of remedy, but does not defeat the discretionary nature of the court's power. It is quite natural in determining the nature of the illegality to confine oneself to decisions rendered on municipal law, but in discussion of the discretionary power and its application all decisions rendered are relevant. It is the same power which is being exercised and the discretion is still present.

It is precisely because they are discretionary that actions for judicial review must be promptly prosecuted (see Dussault and Borgeat, *op. cit.*, at p. 468; Evans et al., *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (3rd ed. 1989), at pp. 1074-78). The judge may also examine the behaviour of the parties and the existence of alternative remedies, and dismiss the action without even taking a decision on the merits. This is what emerges from two decisions of this Court, *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, and *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011.

In *Harelkin*, Beetz J. speaking for the majority reaffirmed the discretionary nature of the prerogative writs. A student had been required to leave the social work faculty of his university. His appeal to the university council committee had been dismissed without his being heard. He then applied for *certiorari* and *mandamus*, rather than using the procedure of appeal to the university senate committee. The trial judge granted *certiorari* and ordered the institution to hold a hearing. The Court of Appeal reversed the decision on the ground that a right of appeal existed and there were no special circumstances to justify granting the applicant a writ. The student appealed to

réglementaire est distincte des brefs de prérogative et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la jurisprudence rendue sur l'art. 33 du *Code de procédure civile* à l'encontre de décisions quasi judiciaires. Il est vrai que l'exigence du délai raisonnable est stipulée expressément au *Code de procédure civile* en matière de recours extraordinaires. Néanmoins, cette exigence subsiste dans l'exercice de l'action directe en nullité en vertu des principes de common law. Je ne comprends pas les propos du juge Meyer comme signifiant que l'action directe en nullité d'un règlement municipal ne doit pas être intentée avec diligence. La distinction dont il traite est pertinente au choix du recours mais n'écarte pas la nature discrétionnaire du pouvoir de la cour. Pour rechercher la nature de l'illégalité, il est assez naturel de s'en tenir à des décisions rendues en matière de droit municipal mais pour traiter du pouvoir discrétionnaire et de son application, toutes les décisions rendues sont pertinentes. C'est le même pouvoir qui est exercé et la discrétion subsiste.

C'est en raison même de leur caractère discrétionnaire que les recours en révision judiciaire doivent être exercés avec diligence (voir Dussault et Borgeat, *op. cit.*, à la p. 660; Evans et autres, *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (3<sup>e</sup> éd. 1989), aux pp. 1074 à 1078). Le juge peut en outre examiner la conduite des parties et la présence de recours alternatifs pour rejeter le recours sans même prendre de décision sur le fond. C'est ce qui ressort de deux décisions de notre Cour, *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, et *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011.

Dans l'affaire *Harelkin*, le juge Beetz parlant au nom de la majorité a réaffirmé la nature discrétionnaire des brefs de prérogative. Un étudiant avait été sommé de quitter la faculté de service social de son université. Son appel au comité du conseil de l'université avait été rejeté sans qu'on ne l'ait entendu. Il a alors demandé un *certiorari* et un *mandamus* plutôt que d'utiliser la procédure d'appel au comité du sénat de l'université. Le juge de première instance a accordé un *certiorari* et a ordonné à l'institution de tenir une audience. La Cour d'appel a infirmé la décision au motif qu'il existait un droit d'appel et qu'aucune circonstance spéciale ne justifiait d'accor-

this Court, arguing that the council committee's failure to respect the *audi alteram partem* rule was akin to a jurisdictional error and that the writ ought to have been issued *ex debito justitiae*. This Court upheld the position of the Court of Appeal, and Beetz J. said at pp. 575-76:

Over the years, the courts have elaborated various criteria which provide guidance as to how the discretion should be exercised. In the process, the area of discretion has been more or less reduced depending on the circumstances of each case. In some cases, particularly those involving lack of jurisdiction, courts have gone as far as to say that *certiorari* should issue *ex debito justitiae*. And, on the more than dubious assumption that cases involving a denial of natural justice could be equated with those involving a lack of jurisdiction, it has also been said that *certiorari* should issue *ex debito justitiae* where there was a denial of natural justice.

The use of the expression *ex debito justitiae* in conjunction with the discretionary remedies of *certiorari* and *mandamus* is unfortunate. It is based on a contradiction and imports a great deal of confusion into the law.

*Ex debito justitiae* literally means "as of right", by opposition to "as of grace" (P. G. Osborne, *A Concise Law Dictionary*, 5th ed.; *Black's Law Dictionary*, 4th ed.); a writ cannot at once be a writ of grace and a writ of right. To say in a case that the writ should issue *ex debito justitiae* simply means that the circumstances militate strongly in favour of the issuance of the writ rather than for refusal. But the expression, albeit Latin, has no magic virtue and cannot change a writ of grace into a writ of right nor destroy the discretion even in cases involving lack of jurisdiction.

*A fortiori* does the discretion remain in cases not of lack of jurisdiction, but of excess or abuse of jurisdiction such as those involving a breach of natural justice.

In *Homex*, an owner concluded an agreement with the village that he would provide all the financial requirements for work and services on his property. Even before these services were installed, the owner sold his land to the Homex company. The latter did not want to assume the obligations undertaken by the preceding owner and challenged them. Without notice to the company, the corporation adopted a

der de bref à la partie requérante. L'étudiant se présenta devant cette Cour en argumentant que le défaut du comité de conseil de respecter le principe *audi alteram partem* était assimilable au défaut de compétence et que le bref devait être émis *ex debito justitiae*. Notre Cour confirma la position de la Cour d'appel et le juge Beetz déclara aux pp. 575 et 576:

Au cours des ans, les cours ont formulé divers critères pouvant servir de guide sur la façon d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. Dans ce processus, l'étendue du pouvoir discrétionnaire a été plus ou moins réduite selon les circonstances de chaque cas. Parfois, particulièrement lorsqu'il est question d'absence de compétence, les cours sont allées jusqu'à dire que le *certiorari* doit être émis *ex debito justitiae*. Se fondant sur l'hypothèse discutible que les causes portant sur un déni de justice naturelle peuvent être assimilées à celles où il y a absence de compétence, on a dit également que le *certiorari* devrait être émis *ex debito justitiae* lorsqu'il y a déni de justice naturelle.

Associer l'expression *ex debito justitiae* aux recours discrétionnaires du *certiorari* et du *mandamus* n'est pas heureux. Cette association est fondée sur une contradiction et crée beaucoup de confusion dans notre droit.

Littéralement, *ex debito justitiae* signifie [TRADUCTION] «de plein droit», par opposition à [TRADUCTION] «de complaisance» (P.G. Osborne, *A Concise Law Dictionary*, 5<sup>e</sup> éd.; *Black's Law Dictionary*, 4<sup>e</sup> éd.); un bref ne peut être à la fois un bref de complaisance et un bref de plein droit. Dire qu'un bref doit être émis *ex debito justitiae* signifie simplement que les circonstances militent en faveur de l'émission du bref plutôt que du refus. Mais l'expression, bien que latine, n'a aucun pouvoir magique et ne peut faire d'un bref de complaisance un bref de plein droit, ni détruire le pouvoir discrétionnaire, même dans les cas d'absence de compétence.

*A fortiori*, le pouvoir discrétionnaire subsiste dans les cas non pas d'absence de compétence, mais d'excès ou d'abus de compétence, comme ceux où il y a violation de la justice naturelle.

Dans l'affaire *Homex*, un propriétaire avait conclu une entente avec le village à l'effet qu'il s'acquitterait de toutes les exigences financières relativement aux travaux et services sur sa propriété. Avant même l'installation de ces services, le propriétaire vendit ses terrains à la compagnie Homex. Cette dernière ne voulut pas assumer les obligations auxquelles s'était engagé le propriétaire précédent et les contesta. Sans

by-law under which the land bought by the company was not deemed to be the subject of the subdivision plans registered. The latter submitted an application for judicial review and, while this application was pending, checkerboarded its lots. This Court considered that the company had a right to be heard and that it had not been given this opportunity. Ruling on the right to relief, namely the quashing of the by-law, in light of the circumstances the majority found that the company had lost this right by its conduct. The Court held, *per Estey J.* at pp. 1034-35:

I recognize that there has been some criticism of this exercise of judicial discretion to deny the remedy, which criticism has generally viewed the discretion as an attempt by a court to apply or impose its own code of morality. This observation, however, denies or overlooks the very history of *certiorari*, an extraordinary and discretionary remedy coming down to present day courts from ancient times. To say that the writ is universally available where the rights of an individual are adversely affected by action of some public authorities taken in excess of jurisdiction or in some circumstances where an error of law has been committed in the course of the exercise of its jurisdiction, is not to say that the reviewing tribunal must slavishly apply the rules surrounding the issuance of *certiorari* and automatically respond to the application of the person affected without any further scrutiny. The principles upon which *certiorari*, and now the modern order in judicial review, have been issued have long included the principle of disentitlement where a court, because of the conduct of the applicant, will decline the grant of the discretionary remedy. [Emphasis added.]

As England is the source of the common law principles it is worth recalling various judgments which had to do particularly with the discretionary power of a judge hearing an application for a prerogative writ. Thus, in *Regina v. Aston University Senate, Ex parte Roffey*, [1969] 2 Q.B. 538, a by-law provided that students who had failed in certain examinations could be required to withdraw from their studies or re-sit all the examinations. When certain students failed, the university authorities required them to withdraw from their courses without even holding a hearing. The students applied for a writ of *certiorari* to quash the decision and a writ of *mandamus* to require the uni-

donner d'avis à la compagnie, la corporation adopta un règlement en vertu duquel les terrains achetés par la compagnie n'étaient pas réputés faire l'objet de plans de lotissement enregistrés. Cette dernière a présenté une demande d'examen judiciaire et alors que cette demande était pendante, morcela ses lots en damier. Notre Cour considéra que la compagnie avait le droit de se faire entendre et qu'elle n'avait pas eu cette possibilité. Statuant sur le droit au redressement, soit la cassation du règlement, compte tenu des circonstances, la majorité décida que la compagnie avait perdu ce droit par sa conduite. On peut lire de la plume du juge Estey aux pp. 1034 et 1035:

Je reconnais que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de refuser le redressement a été critiqué, mais cette critique envisage généralement ce pouvoir comme une tentative des tribunaux d'appliquer ou d'imposer leur propre code de moralité. Toutefois, cette remarque nie ou refuse de reconnaître l'histoire même du *certiorari*, un redressement extraordinaire et discrétionnaire dont les tribunaux contemporains ont hérité des tribunaux anciens. Dire que ce bref est un recours universel lorsqu'un organisme public porte atteinte aux droits d'une personne par une mesure qui dépasse sa compétence ou dans des circonstances où il a commis une erreur de droit dans l'exercice de cette compétence, n'équivaut pas à dire que le tribunal d'appel doit appliquer servilement les règles relatives à la délivrance d'un *certiorari* et répondre automatiquement à la demande de la personne touchée sans autre examen. Les principes en vertu desquels le *certiorari* et maintenant l'ordonnance moderne d'examen judiciaire sont accordés, comprennent depuis longtemps celui de la perte du droit au redressement lorsqu'à cause de la conduite du requérant, un tribunal refuse d'accorder le redressement discrétionnaire. [Je souligne.]

Les principes de la common law trouvant leur source en Angleterre, il est utile de rappeler certaines décisions s'intéressant particulièrement au pouvoir discrétionnaire du juge saisi d'un bref de prérogative. Ainsi, dans *Regina v. Aston University Senate, Ex parte Roffey*, [1969] 2 Q.B. 538, un règlement stipulait que des étudiants ayant échoué certains examens pouvaient être tenus d'abandonner ou subir à nouveau tous les examens. Suite à l'échec de certains étudiants, les autorités universitaires les avaient sommés de quitter sans même procéder à une audition. Ces derniers ont demandé un bref de *certiorari* pour annuler l'ordonnance et un bref de *mandamus*

versity to determine in accordance with the law whether they should be allowed to re-sit the examinations or be asked to withdraw. The court came to the conclusion that the university authorities had infringed the rules of natural justice, but that as the prerogative writs were discretionary remedies they should not be made available to those who had slept on their rights. In the circumstances, the applicants by their inaction had forfeited their claim to relief. Donaldson J. wrote, at p. 555:

In this situation I regard the time factor as decisive. The prerogative remedies are exceptional in their nature and should not be made available to those who sleep upon their rights.

In *Regina v. Herrod, Ex parte Leeds City District Council*, [1976] Q.B. 540, three cases were before the Court of Appeal. In the *Greenwich* case, two partners had attempted to acquire a site and planned to convert it into a public bingo hall. The partners applied for a zoning permit and permission to set up the bingo hall and their request was denied. They appealed to the Minister on the zoning by-law and to the Crown Court for permission to set up the bingo hall. They won in both cases and bought the land they needed. It was not until five and a half months later that the city of Greenwich applied for *certiorari*. The Court of Appeal dismissed the entire matter because of the excessive delay. Lord Denning M.R. held that delay in exercising a remedy is of critical importance and has its effect on the court's discretion. He cited *The Queen v. Sheward* (1880), 5 Q.B.D. 179, aff'd (1880), 9 Q.B.D. 741 (C.A.), and *Rex v. Glamorganshire Appeal Tribunal, Ex parte Fricker* (1917), 33 T.L.R. 152 (K.B.), and he wrote, at p. 557:

If a person comes to the High Court seeking *certiorari* to quash the decision of the Crown Court—or any other inferior tribunal for that matter—he should act promptly and before the other party has taken any step on the faith of the decision. Else he may find that the High Court will refuse him a remedy. If he has been guilty of any delay at all, it is for him to get over it and not for the other side.

Shaw L.J., on the other hand, wrote at p. 574:

pour obliger l'université à déterminer conformément à la loi s'ils pouvaient subir à nouveau les examens ou être contraints de quitter les études. La cour en vint à la conclusion que les autorités universitaires avaient violé les principes de justice naturelle mais que le bref de prérogative étant un recours discrétionnaire, peut être refusé si celui qui le demande ne s'est pas prévalu de ses droits en temps utile. En l'espèce, l'inaction des requérants les avait privés de tout recours. Le juge Donaldson écrit à la p. 555:

[TRADUCTION] En l'espèce, je considère que le facteur temps est décisif. Les redressements fondés sur des prérogatives sont de nature exceptionnelle et ceux qui ne s'occupent pas de leurs droits ne devraient pas pouvoir les invoquer.

Dans *Regina v. Herrod, Ex parte Leeds City District Council*, [1976] Q.B. 540, trois affaires étaient devant la Cour d'appel. Dans l'affaire *Greenwich*, deux associés avaient tenté d'acquérir un emplacement et planifiaient de le convertir en bingo public. Ayant fait une demande de permis de zonage et de permis pour l'installation d'un bingo, les associés ont essuyé des refus. Ils firent appel au ministre pour le règlement de zonage et à la Crown Court pour le permis d'installation du bingo. Ils eurent gain de cause dans les deux cas et achetèrent le terrain dont ils avaient besoin. Ce n'est que cinq mois et demi plus tard que la ville de Greenwich demanda un *certiorari*. La Cour d'appel rejeta le tout en raison du délai excessif. Lord Denning, maître des rôles, déclare que le délai d'exercice du recours est un aspect primordial et a ses incidences sur la discrétion du tribunal. Il cite *The Queen v. Sheward* (1880), 5 Q.B.D. 179, confirmé par (1880), 9 Q.B.D. 741 (C.A.), et *Rex v. Glamorganshire Appeal Tribunal, Ex parte Fricker* (1917), 33 T.L.R. 152 (K.B.), et il écrit à la p. 557:

[TRADUCTION] La personne qui demande un bref de *certiorari* à la High Court en vue de faire annuler la décision de la Crown Court—ou à cet égard de tout autre tribunal inférieur—devrait agir promptement et avant que l'autre partie n'ait pris une mesure sur la foi de la décision. Autrement, elle pourrait constater que la High Court refusera de lui accorder un redressement. Si elle a causé un retard, c'est à elle qu'il incombe d'y remédier et non à l'autre partie.

Alors que le lord juge Shaw écrit à la p. 574:

An applicant for a prerogative order (or, in earlier history, a prerogative writ) is not in the position of a litigant who seeks to assert some right to which he claims he is entitled. He is rather a suppliant who seeks to invoke those remedial measures on the ground that the High Court would wish to correct some irregularity in the administration of justice which has caused him to be aggrieved so that justice may be done. Whether the order sought will be granted or refused is a matter wholly within the court's discretion; prerogative orders are not to be claimed as of right.

Lord Denning also cited in support of his opinion *Rex v. Stafford Justices, Ex parte Stafford Corporation*, [1940] 2 K.B. 33 (C.A.). In that case the Corporation of Stafford was challenging the validity of the procedure used to reroute a motorway, when preliminary conditions had not been observed. Sir Wilfrid Greene M.R. considered that the applicant's actions and the delay were relevant considerations in denying the remedy. He wrote, at p. 43:

Now, in my opinion, the order for the issue of the writ of certiorari is, except in cases where it goes as of course, strictly in all cases a matter of discretion. It is perfectly true to say that if no special circumstances exist, and if all that appears is a clear excess of jurisdiction, then a person aggrieved by that is entitled *ex debito justitiæ* to his order. That merely means this, in my judgment, that the Court in such circumstances will exercise its discretion by granting the relief. In all discretionary remedies it is well known and settled that in certain circumstances—I will not say in all of them, but in a great many of them—the Court, although nominally it has a discretion, if it is to act according to the ordinary principles upon which judicial discretion is exercised, must exercise that discretion in a particular way, and if a judge at a trial refuses to do so, then the Court of Appeal will set the matter right. But when once it is established that in deciding whether or not a particular remedy shall be granted the Court is entitled to inquire into the conduct of the applicant, and the circumstances of the case, in order to ascertain whether it is proper or not proper to grant the remedy sought, the case must in my judgment be one of discretion.

[TRADUCTION] Celui qui demande une ordonnance de prérogative (ou anciennement un bref de prérogative) n'est pas dans la position d'une partie qui cherche à faire valoir un droit qu'elle prétend détenir. Il est plutôt un demandeur qui cherche à faire valoir ces mesures de redressement pour le motif que la High Court voudrait corriger une certaine irrégularité dans l'administration de la justice qui lui ont causé un tort pour que justice puisse être rendue. Quant à savoir si l'ordonnance demandée sera accordée ou refusée, cela est une question qui relève uniquement du pouvoir discrétionnaire de la cour; les ordonnances de prérogative ne peuvent être demandées de plein droit.

Lord Denning cite aussi au soutien de son opinion, l'arrêt *Rex v. Stafford Justices, Ex parte Stafford Corporation*, [1940] 2 K.B. 33 (C.A.). Dans cette affaire, la corporation de Stafford contestait la validité de la procédure mise en place pour faire dévier une autoroute, alors que des conditions préliminaires n'étaient pas remplies. Sir Wilfrid Greene, maître des rôles, considéra que la conduite du requérant et le délai étaient des considérations pertinentes pour refuser le recours. Il écrit d'ailleurs à la p. 43:

[TRADUCTION] Maintenant, à mon avis, l'ordonnance prévoyant la délivrance d'un bref de certiorari, sauf dans les cas où cela va de soi, relève strictement dans tous les cas d'un pouvoir discrétionnaire. Il est parfaitement vrai de dire qu'en l'absence de circonstances spéciales et si tout ce qui ressort est un excès évident de compétence, alors une personne lésée a droit *ex debito justitiæ* à cette ordonnance. Cela signifie simplement, à mon avis, que la cour dans de telles circonstances exercera son pouvoir discrétionnaire par l'octroi du redressement. Dans tous les cas de redressements discrétionnaires, il est bien connu et établi que dans certaines circonstances—je ne dirai pas dans toutes, mais dans un grand nombre d'entre elles—la cour bien que nantie nominale-ment d'une discrétion, si elle doit agir selon les principes ordinaires de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire, doit exercer ce pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière, et si un juge à l'instance refuse de le faire, alors la Cour d'appel devra rétablir la situation. Toutefois, lorsqu'il est établi que, pour décider si un redressement en particulier devrait être accordé, la cour a le droit d'examiner la conduite du requérant ainsi que les circonstances de l'affaire, pour vérifier s'il convient ou non d'accorder le redressement demandé, il s'agit, à mon avis, d'une question relevant du pouvoir discrétionnaire.

In municipal law and with respect to the direct action in nullity, reliance has been placed primarily on the plaintiff's duty of diligence in proceedings involving abuse of power. In *Soeurs de Jeanne-d'Arc v. Aqueduc de Sillery* (1929), 47 Que. K.B. 235, the Court of King's Bench upheld a judgment rendered by the Superior Court allowing an action to recover money for waterworks service at the appellants' convent. The community argued that the water rate set by municipal by-law was excessive, discriminatory and wrongful. Cannon J.A. expressed the view that a [TRANSLATION] "considerable lapse of time" can justify a refusal by the courts to intervene.

In *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire Inc. v. Ville de St-Césaire, supra*, Turmel J. dismissed the direct action in nullity on account of the considerable delay between the acts complained of and the bringing of the action.

In *Samson v. Ville de St-Bruno de Montarville*, [1981] C.A. 193, a direct action in nullity brought against a zoning by-law was dismissed for lateness. The appellants in that case challenged on the ground of abuse of power the legality of a zoning by-law which they said was a disguised expropriation of their property. Their action in nullity brought over thirteen years after adoption of the by-law was dismissed because it was late and they were unable to show sufficient reasons for this long delay. The court concluded that the lack of jurisdiction had not been proven and that the trial judge was justified in exercising his discretion to deny exercise of the remedy on account of the excessive delay.

In *Corporation municipale de la Cité de Sept-Îles c. Rioux*, [1985] C.A. 295, the by-laws challenged by a direct action in nullity prohibited the presence or occupancy of a mobile home anywhere in the territory of the corporation, except on certain land owned by it. The regulation was held to be discriminatory and the action allowed, despite the seven-year lapse of time. The importance of the invasion of a right took priority over the delay. Chouinard J.A. said the following for the court, at pp. 299-300:

En droit municipal et en regard de l'action directe en nullité, on a surtout fait valoir l'obligation de diligence du demandeur en matière d'abus de pouvoir. Dans *Soeurs de Jeanne-d'Arc v. Aqueduc de Sillery* (1929), 47 B.R. 235, la Cour du Banc du Roi a maintenu un jugement rendu par la Cour supérieure faisant droit à une action en recouvrement d'une somme pour le service d'aqueduc au couvent des appelantes. La communauté prétendait que le tarif de l'aqueduc établi par règlement municipal était excessif, discriminatoire et abusif. Le juge Cannon exprime l'opinion suivant laquelle un «laps de temps considérable» peut justifier le refus des tribunaux d'intervenir.

Dans l'arrêt *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire Inc. c. Ville de St-Césaire*, précité, le juge Turmel a rejeté l'action directe en nullité en raison du délai considérable entre les actes reprochés et l'institution de l'action.

Dans *Samson c. Ville de St-Bruno de Montarville*, [1981] C.A. 193, on a repoussé pour tardiveté, une action directe en nullité intentée à l'encontre d'un règlement de zonage. Les appelants dans cette cause attaquaient au motif d'abus de pouvoir la légalité d'un règlement de zonage qui constituait selon leur prétention une expropriation déguisée de leur propriété. Leur action en nullité intentée plus de treize ans après l'adoption du règlement fut rejetée parce qu'elle était tardive et qu'ils étaient dans l'incapacité d'établir des motifs suffisants pour justifier l'écoulement de ce long délai. La cour a conclu que le défaut de juridiction n'avaient pas été prouvé et que le premier juge était justifié d'exercer sa discrétion afin de refuser l'exercice du recours en raison du retard excessif.

Dans l'affaire *Corporation municipale de la Cité de Sept-Îles c. Rioux*, [1985] C.A. 295, les règlements attaqués par le biais d'une action directe en nullité interdisaient la présence ou l'occupation d'une maison mobile sur tout le territoire de la corporation sauf sur certains terrains lui appartenant. La réglementation fut jugée discriminatoire et l'action accueillie, malgré le délai de sept ans écoulé. L'importance de l'atteinte à un droit l'emportait sur le délai. Le juge Chouinard s'exprime ainsi pour la cour aux pp. 299 et 300:



[TRANSLATION] The appellant cited the judgment of this Court in *Samson v. Ville de St-Bruno-de-Montarville*, [1981] C.A. 193. It is true that in that case an action to invalidate certain municipal by-laws was dismissed at trial and affirmed by this Court. While in that case the thirteen-year delay that had elapsed between adoption of the by-law and the bringing of the action was mentioned, it should certainly be added that on two occasions the Samson estate had tried to take advantage of the existence of the said by-law which it much later sought to have vacated.

Subsequently, the judge distinguished between absolute and relative nullity and appeared to associate the latter with the action to quash, as appears from the following passage from his judgment at p. 300:

[TRANSLATION] Moreover, the case at bar seems to me to involve absolute and not relative nullity. The applicant seems to deliberately confuse an application to quash for formal defects or illegalities with one to annul for lack of jurisdiction, abuse of power or discrimination.

I would point out that discretion and arbitrary action should not be confused. While arbitrary action means power exercised at will, just as the person likes, discretion, though it removes the strict duty to act, is subject to certain rules. A judge hearing a direct action in nullity does not decide to do what he feels like doing, but must exercise his power of review in a judicial manner, direct himself correctly in law and observe the applicable principles. In discussing the function of an appellate court having to consider the exercise by a trial judge of his discretion in an injunction proceeding, Beetz J. in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 154-55, adopted the observations of Lord Diplock which clearly circumscribe the exercise of this discretion:

The House of Lords has recently emphasized the limits imposed upon a Court of Appeal in substituting its discretion to that of a motion judge with respect to the granting of an interlocutory injunction, even in a case where the Court of Appeal has the benefit of additional evidence: *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042. In this latter case, which presents striking similarities with the case at bar, the Court of Appeal had held it was justified in exercising fresh discretion in view of additional evidence adduced before it, and had set aside the decision of the motion judge without com-

L'appelante invoque la décision de notre Cour dans *Samson c. Ville de St-Bruno-de-Montarville*, [1981] C.A. 193. Il est vrai qu'alors l'exercice d'un recours en nullité de certains règlements municipaux fut refusé en première instance et confirmé par notre Cour. Si alors le délai de treize ans qui s'était écoulé entre l'adoption du règlement et le recours intenté fut mentionné, il faut bien ajouter qu'à deux reprises la succession Samson avait tenté de tirer profit de l'existence dudit règlement qu'elle voulait longtemps après faire annuler.

Plus loin, le juge distingue entre la nullité absolue et la nullité relative et semble associer cette dernière au recours en cassation tel qu'il appert de l'extrait suivant de la décision à la p. 300:

D'autre part, il me semble que dans l'espèce sous étude il s'agit d'une nullité absolue et non pas d'une nullité relative. À dessein, la requérante semble vouloir confondre la demande en cassation pour informalités ou illégalités de (*sic*) celle en nullité pour défaut de juridiction, abus de pouvoir ou discrimination.

Je précise qu'il ne faut pas confondre discrétion et arbitraire. Alors que l'arbitraire désigne le pouvoir exercé à sa guise, selon son bon vouloir, la discrétion elle, est assujettie à certaines règles, même si elle écarte l'obligation stricte d'agir. Le juge saisi d'une action directe en nullité ne décide pas selon son bon plaisir ce qu'il lui plaît, mais doit exercer judiciairement son pouvoir de contrôle, bien se diriger en droit et respecter les principes qui s'appliquent. Tout en situant le rôle d'une cour d'appel qui doit se pencher sur l'exercice par un juge de première instance de sa discrétion en matière d'injonction, le juge Beetz dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, aux pp. 154 et 155, adopte les propos de lord Diplock qui circonscrivent fort bien l'exercice de cette discrétion:

La Chambre des lords a souligné dernièrement les limites auxquelles se trouve assujetti un tribunal d'appel qui substitue sa discrétion à celle du juge de première instance en matière d'injonction interlocutoire, et ce, même dans un cas où le tribunal d'appel bénéficie d'éléments de preuve supplémentaires: *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042. Dans cette affaire, qui présente des ressemblances frappantes avec la présente instance, la Cour d'appel avait conclu que, compte tenu d'éléments de preuve supplémentaires produits devant elle, elle avait le droit d'exercer un nouveau

menting upon it. The House of Lords restored the judgment of first instance in a unanimous judgment delivered by Lord Diplock:

Before advertng to the evidence that was before the judge and the additional evidence that was before the Court of Appeal, it is I think appropriate to remind your Lordships of the limited function of an appellate court in an appeal of this kind. An interlocutory injunction is a discretionary relief and the discretion whether or not to grant it is vested in the High Court judge by whom the application for it is heard. On an appeal from the judge's grant or refusal of an interlocutory injunction the function of an appellate court, whether it be the Court of Appeal or your Lordships' House, is not to exercise an independent discretion of its own. It must defer to the judge's exercise of his discretion and must not interfere with it merely on the ground that the members of the appellate court would have exercised the discretion differently. The function of the appellate court is initially one of review only. It may set aside the judge's exercise of his discretion on the ground that it was based on a misunderstanding of the law or of the evidence before him or on an inference that particular facts existed or did not exist, which, although it was one that might legitimately have been drawn on the evidence that was before the judge, can be demonstrated to be wrong by further evidence that has become available by the time of the appeal, or the ground that there has been a change of circumstances after the judge made his order that would have justified his acceding to an application to vary it. Since reasons given by judges for granting or refusing interlocutory injunctions may sometimes be sketchy, there may also be occasional cases where even though no erroneous assumption of law or fact can be identified the judge's decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge regardful of his duty to act judicially could have reached it. It is only if and after the appellate court has reached the conclusion that the judge's exercise of his discretion must be set aside for one or other of these reasons that it becomes entitled to exercise an original discretion of its own.

pouvoir discrétionnaire, ce qu'elle a fait en infirmant la décision du juge de première instance sans même la commenter. La Chambre des lords, dans un arrêt unanime rendu par lord Diplock, a rétabli le jugement de première instance:

[TRADUCTION] Avant d'en venir à la preuve produite devant le juge et aux éléments de preuve supplémentaires dont disposait la Cour d'appel, je crois qu'il convient de rappeler à vos Seigneuries le rôle limité d'un tribunal d'appel dans un appel de ce genre. Une injonction interlocutoire est un redressement discrétionnaire et c'est le juge de la Haute Cour saisi de la demande visant à obtenir ce redressement qui détient le pouvoir discrétionnaire de l'accorder ou de ne pas l'accorder. Lorsque la décision du juge d'accorder ou de refuser une injonction interlocutoire est portée en appel, la tâche du tribunal d'appel, que ce soit la Cour d'appel ou cette Chambre, ne consiste pas à exercer un pouvoir discrétionnaire indépendant qui lui est propre. Ce tribunal doit déférer à la décision prise par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et ne doit pas modifier cette décision simplement parce que ses membres auraient exercé le pouvoir discrétionnaire différemment. Au départ, le tribunal d'appel n'a qu'une fonction de révision. Il peut annuler la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit pour le motif que cette décision repose sur une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui ou sur une conclusion à l'existence ou à l'inexistence de certains faits, conclusion dont, bien qu'elle puisse avoir été justifiée par la preuve produite devant le juge, le caractère erroné peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, soit pour le motif qu'après que le juge a rendu son ordonnance les circonstances ont changé d'une manière qui aurait justifié qu'il accède à une demande en modification de cette ordonnance. Puisque les raisons données par les juges pour accorder ou refuser des injonctions interlocutoires se révèlent parfois sommaires, il peut à l'occasion y avoir des cas où, bien qu'on ne puisse découvrir aucune conclusion erronée de droit ou de fait, la décision du juge d'accorder ou de refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable conscient de son obligation d'agir judiciairement aurait pu la rendre. Ce n'est que si le tribunal d'appel a conclu que la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire doit être écartée pour l'une ou l'autre raison susmentionnée qu'il est autorisé à exercer son propre pouvoir discrétionnaire.

First, the judge must take into account the nature of the disputed act, the nature of the illegality committed and its consequences, and second, the causes of the delay between the disputed act and the bringing of the action. The nature of the right relied on is a factor relevant to the exercise of the discretion, but it is not the only one. The court must also consider the plaintiff's behaviour. In a direct action in nullity under art. 33 of the *Code of Civil Procedure*, the latter may be called on to justify or at least explain his inaction so that the Superior Court can assess in the exercise of its discretionary power whether the delay in exercising his right was reasonable.

In my view, and in general terms, apart from a case where there is a total absence of jurisdiction, a judge hearing an application under art. 33 of the *Code of Civil Procedure* may refuse to grant the relief sought if, in view of the circumstances, including the importance of the alleged infringement of a right and the plaintiff's behaviour, he considers it justified to do so.

#### D. Application of the Principles to the Facts of this Case

The majority of the Court of Appeal considered that the trial judge was right in exercising his discretion in view of the circumstances and the relative importance of the nullity relied on. At page 1242 of the Court of Appeal judgment, Lévesque J. (*ad hoc*) said the following:

[TRANSLATION] Unlike inapplicability and absolute nullity, the effect of which is successive and continuous, insufficiency of notice is a single event the effect of which in time gives rise to the application of judicial discretion, when the Court exercises its superintending and reforming power, since the litigant must act promptly to commence his action.

All the by-laws were adopted over five years ago. The work has been done and all the bonds issued in respect of each by-law. The taxes have been paid without protest. The appellant did not give any reasons for the delay in bringing its action, which then falls within the Superior Court's superintending and reforming power.

Like Lévesque J. of the Court of Appeal, I am of the view that the case does not involve a lack of juris-

D'une part, le juge doit tenir compte de la nature de l'acte attaqué, de la nature de l'illégalité commise et ses conséquences, et d'autre part, des causes du délai entre l'acte attaqué et l'institution de l'action.

a La nature du droit invoqué est un facteur pertinent à l'exercice de la discrétion mais il n'est pas le seul. Il y a lieu aussi d'évaluer le comportement du demandeur. Ce dernier dans une action directe en nullité selon l'art. 33 du *Code de procédure civile* peut être b appelé à justifier ou du moins à expliquer son inaction de façon à ce que la Cour supérieure puisse évaluer dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, le caractère raisonnable du délai d'exercice de son droit.

c À mon avis et de façon générale, sauf le cas d'absence totale de compétence, le juge saisi en vertu de l'art. 33 du *Code de procédure civile* peut refuser d'accorder le redressement recherché, si, eu égard d aux circonstances dont notamment l'importance de l'atteinte au droit alléguée et le comportement du demandeur, il estime justifié de le faire.

#### D. L'application des principes aux faits de l'espèce

f Les juges majoritaires en Cour d'appel ont considéré que le juge de première instance avait eu raison d'exercer sa discrétion eu égard aux circonstances et à l'importance relative de la nullité invoquée. À la page 1242 de la décision de la Cour d'appel, le juge Lévesque (*ad hoc*) s'exprime ainsi:

g Contrairement à l'inapplicabilité et à la nullité absolue dont l'effet est successif et à durée continue, l'insuffisance des avis est un événement unique dont l'effet dans le temps donne lieu à l'application de la discrétion judiciaire lorsque le Tribunal exerce son pouvoir de surveillance et de réforme, puisque le justiciable doit faire diligence pour intenter son recours.

i Tous les règlements avaient été adoptés depuis plus de cinq ans. Les travaux ont été exécutés, toutes les obligations ont été émises à l'égard de chacun des règlements. Les taxes ont été payées sans protest. L'appelante n'a pas justifié le délai pour intenter son action, qui relève alors du pouvoir de surveillance et de réforme de la Cour supérieure.

j À l'instar du juge Lévesque de la Cour d'appel, je suis d'avis qu'il ne s'agit pas d'une absence de com-

diction or even a defect affecting the overall exercise by the respondent of its powers, as in *Air Canada, supra*. The matter is completely within the respondent's authority. What is actually involved is rather a defect in the exercise of this power, namely the failure to give prior notice to certain persons. These are the only persons affected, and in this sense the failure can be characterized as a relative nullity.

It was open to the trial judge to take the appellant's behaviour into account in exercising his discretion. He noted its lack of diligence in exercising its rights by bringing its action over fifteen years after the first disputed by-law and five years after the most recent, and the need for some stability in municipal finances. Further, when the appellant acquired its property it undertook to pay the special taxes, as indicated by the deed of sale, and this constitutes a presumption of knowledge for it and its principals. The appellant received tax bills each year which it paid without objection. The work has been done and the bonds issued and reimbursed.

I consider that there is no basis for intervention by this Court to rectify the trial judgment, since the judge exercised his discretion in a judicial manner and observed the established principles of law.

#### VI—Conclusions

For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs throughout.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Dunton, Rainville, Toupin & Perrault, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Rochon, Prévost, Auclair, Fortin & D'Aoust, St-Jérôme.*

pétence, ni même d'un vice touchant à l'exercice global par l'intimée de ses pouvoirs comme dans l'affaire *Air Canada*, précitée. La matière est sous l'autorité entière de l'intimée. Il s'agit plutôt d'un vice dans l'exercice de ce pouvoir, soit le défaut de préavis à certaines personnes. Ces personnes sont les seules lésées et en ce sens ce défaut pourrait être qualifié de nullité relative.

Il était loisible au juge du procès dans l'exercice de sa discrétion de tenir compte du comportement de l'appelante. Il a souligné son manque de diligence à faire valoir ses droits en intentant son action plus de quinze (15) ans après le premier règlement attaqué et cinq (5) ans après le plus récent ainsi que le besoin d'une certaine stabilité dans les finances municipales. De plus, l'appelante a pris l'engagement lors de l'acquisition de sa propriété de payer les taxes spéciales comme en fait foi l'acte de vente, ce qui constitue une présomption de connaissance pour elle et ses auteurs. L'appelante a reçu chaque année les comptes de taxes qu'elle a payé sans aucune protestation. Les travaux ont été effectués et les obligations émises et remboursées.

J'estime qu'il n'y a pas lieu que notre Cour intervienne pour redresser le jugement de première instance, puisque le juge a judiciairement exercé sa discrétion et qu'il a respecté les principes de droit établis.

#### VI—Conclusions

Pour tous ces motifs, je rejeterais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Dunton, Rainville, Toupin & Perrault, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Rochon, Prévost, Auclair, Fortin & D'Aoust, St-Jérôme.*

**Richard Dorion** *Appellant*

v.

**Jacques Roberge and Johanne  
Beaupré** *Respondents*

and

**Jean-Pierre Bolduc** *Mis en cause*

INDEXED AS: ROBERGE v. BOLDUC

File No.: 20943.

1990: October 4; 1991: February 28.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka,  
Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Appeal — Jurisdiction of Supreme Court of Canada — Court of Appeal refusing leave to appeal Superior Court judgment — Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1).*

*Civil responsibility — Professional liability — Notaries — Title searches — Incidence of res judicata in the context of title searches — Buyers not purchasing property following notary's opinion that defect in title not cured by subsequent judgment — Notary acting in accordance with common notarial practice — Whether notary failed to properly assess effect of judgment on vendor's title — If so, whether error of law constitutes a fault entailing notary's liability — Distinction between common professional practice and fault — Civil Code of Lower Canada, art. 1241.*

*Judgments and orders — Res judicata — Conditions — Incidence of res judicata in the context of title searches — Judgment rendered by default on action in giving in payment — Civil Code of Lower Canada, art. 1241.*

*Evidence — Expert evidence — Professional liability — Role of expert testimony.*

*Costs — Costs on solicitor and client basis — Leave to appeal to Supreme Court of Canada granted on con-*

**Richard Dorion** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Jacques Roberge et Johanne  
Beaupré** *Intimés*

et

<sup>b</sup> **Jean-Pierre Bolduc** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: ROBERGE c. BOLDUC

<sup>c</sup> N° du greffe: 20943.

1990: 4 octobre; 1991: 28 février.

<sup>d</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Appel — Compétence de la Cour suprême du Canada — Cour d'appel refusant l'autorisation d'en appeler d'un jugement de la Cour supérieure — L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1).*

<sup>f</sup> *Responsabilité civile — Responsabilité professionnelle — Notaires — Examen des titres — Incidence de la chose jugée dans le cadre de l'examen des titres — Refus des acquéreurs d'acheter un immeuble vu l'opinion du notaire qu'un vice de titre n'a pas été corrigé par un jugement subséquent — Conduite du notaire conforme à la pratique notariale courante — Le notaire a-t-il mal évalué l'effet du jugement sur le titre du vendeur? — Si oui, l'erreur de droit constitue-t-elle une faute qui entraîne la responsabilité du notaire? — Distinction entre la pratique professionnelle courante et la faute — Code civil du Bas-Canada, art. 1241.*

<sup>i</sup> *Jugements et ordonnances — Chose jugée — Conditions — Incidence de la chose jugée dans le cadre de l'examen des titres — Jugement rendu par défaut sur une action en dation en paiement — Code civil du Bas-Canada, art. 1241.*

*Preuve — Preuve d'expert — Responsabilité professionnelle — Rôle du témoignage d'expert.*

<sup>j</sup> *Dépens — Dépens calculés sur la base avocat-client — Autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du*

*dition that appellant notary assume costs of appeal — Respondents requesting costs on solicitor and client basis in factum and at hearing — Decision important to notarial profession only — Costs awarded on solicitor and client basis — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 47.*

In 1987, upon acceptance of their offer to purchase the immoveable property of the mis en cause, the respondents instructed the appellant notary to examine the vendor's title to assure them that he held good and valid title to the property and, if so, to prepare the deed of sale. In examining the chain of title, the appellant discovered that in 1977 one P.L. had obtained a loan from a caisse populaire (the "Caisse") guaranteed by a hypothec and by a giving in payment clause. The deed of loan was registered against the property in issue even though P.L. was not the owner, the property being registered at the time in the name of P.L. Inc. Both P.L. and P.L. Inc. later made assignments in bankruptcy and the same trustee was appointed for both bankrupt estates. The trustee registered a notice of the bankruptcy of P.L. against the property but did not register a notice on behalf of P.L. Inc. The Caisse, upon the default of P.L. on his loan and pursuant to the giving in payment clause in the deed of loan, took proceedings against the trustee of the bankrupt estate of P.L. and against P.L. Inc. The proceedings were served on the trustee of the bankrupt estate of P.L., on P.L. personally and on P.L. Inc. As none of the defendants appeared to defend the action, the Caisse obtained a default judgment granting it title to the property. This judgment was duly registered against the property. In 1981, the Caisse sold the property to the wife of the prospective vendor who, in 1984, purchased the property from his wife.

Following the title search, the appellant informed the respondents that, in his opinion, the judgment obtained by the Caisse did not cure the defect in the vendor's title. The hypothec, granted by a person other than the registered owner, was null and void and the judgment could not give more than the hypothec was worth. The vendor's attorney replied that the judgment registered had perfected the title, and had acquired the authority of *res judicata*. Faced with these opposite views, the respondents consulted a second notary who confirmed the appellant's opinion. The respondents then notified the vendor that, in the circumstances, they would not purchase the property and instructed their attorney to take action against him. The vendor counterclaimed for damage allegedly suffered on account of the respondents' refusal to purchase the property. In answer to the counterclaim, the respondents exercised a recourse in

*Canada accordée à la condition que le notaire appellant assume les dépens du pourvoi — Demande de dépens comme entre avocat et client présentée par les intimés dans leur mémoire et à l'audition — Décision importante pour la profession notariale seulement — Dépens accordés comme entre avocat et client — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 47.*

En 1987, après acceptation de leur offre d'achat d'un immeuble du mis en cause, les intimés ont donné au notaire appellant mandat d'examiner le titre du vendeur pour les assurer que le vendeur détenait un titre bon et valable sur l'immeuble et, dans l'affirmative, de préparer l'acte de vente. En examinant la chaîne des titres, l'appelant a découvert qu'en 1977 un certain P.L. avait obtenu d'une caisse populaire (la «Caisse») un prêt garanti par hypothèque assortie d'une clause de dation en paiement. L'acte de prêt a été enregistré contre l'immeuble en cause même si P.L. n'en était pas le propriétaire, l'immeuble étant enregistré à l'époque au nom de P.L. Inc. Plus tard, P.L. et P.L. Inc. ont fait cession de leurs biens et la même personne a été nommée syndic aux biens des deux faillis. Le syndic a fait enregistrer un avis de la faillite de P.L. contre la propriété, mais il ne l'a pas fait au nom de P.L. Inc. Suite au défaut de P.L. d'honorer son prêt et conformément à la clause de dation en paiement prévue à l'acte de prêt, la Caisse a engagé des procédures contre le syndic à la faillite de P.L. et contre P.L. Inc. Les procédures ont été signifiées au syndic à la faillite de P.L., à P.L. personnellement et à P.L. Inc. Aucun des défendeurs n'ayant comparu à l'action, la Caisse a obtenu un jugement par défaut lui accordant la propriété de l'immeuble. Ce jugement a été dûment enregistré contre l'immeuble. En 1981, la Caisse a vendu l'immeuble à l'épouse du vendeur éventuel qui, en 1984, l'a acheté de celle-ci.

Après avoir procédé à l'examen des titres, l'appelant a informé les intimés qu'à son avis le jugement obtenu par la Caisse n'avait pas corrigé le vice du titre du vendeur. L'hypothèque consentie par une personne autre que le propriétaire enregistré était nulle et le jugement ne pouvait donner plus que ce que valait cette hypothèque. L'avocat du vendeur a répondu que le jugement enregistré avait rendu le titre parfait et qu'il avait acquis l'autorité de la chose jugée. Devant ces avis contradictoires, les intimés ont consulté un second notaire qui a confirmé l'avis de l'appelant. Les intimés ont alors avisé le vendeur que, dans ces circonstances, ils n'achèteraient pas l'immeuble et ils ont donné à leur avocat instruction de prendre action contre lui. Le vendeur s'est porté demandeur reconventionnel pour les dommages qu'il aurait subis en raison du refus des intimés d'acheter l'immeuble. En réponse à la demande reconvention-

warranty against the appellant on the basis that it was on his advice that they refused to purchase the property.

The Superior Court dismissed the respondents' action and allowed both the vendor's counterclaim and the respondents' recourse in warranty against the appellant. The trial judge held that the judgment in favor of the Caisse had the authority of *res judicata* and conferred good and valid title on the Caisse despite the fact that the hypothec was granted by a person other than the registered owner. The trial judge found that the appellant committed an error of law and that the respondents were not justified in refusing to sign the deed of sale. He concluded that the appellant's error constituted a fault and was the *causa causans* of the damage suffered by the respondents. The Court of Appeal refused to grant leave to appeal from the judgment of the Superior Court. This appeal is to determine whether the appellant erred in law in ignoring the authority of *res judicata* as regards the Caisse's judgment and its effect on the vendor's title; and, if so, whether such an error constitutes a fault entailing appellant's liability. However, before answering the main issues, this Court must determine if it has jurisdiction to entertain the present appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

(1) *Supreme Court's Jurisdiction*

This Court has jurisdiction pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act* to review the Court of Appeal's decision not to grant leave to appeal from a judgment at trial. Under s. 40(1), this Court retains the discretionary power to hear an appeal from any final or other judgment of the intermediate appellate courts which raises an issue of public importance. While a certain amount of deference to the undoubted competence of intermediate appellate courts to control their own leave-granting process is called for, it is equally evident that this Court's jurisdiction to exercise its own discretion in intervening in such decisions is not statutorily confined. Moreover, in the present case, leave to appeal was granted from both the Superior Court and the Court of Appeal judgment.

(2) *Res Judicata*

Appellant's contention that the vendor's title could be challenged by an action contesting the validity of the

nelle, les intimés ont exercé un recours en garantie contre l'appellant, alléguant que c'était sur son conseil qu'ils avaient refusé de se porter acquéreurs de l'immeuble.

La Cour supérieure a rejeté l'action des intimés et a accueilli tant la demande reconventionnelle du vendeur que le recours en garantie des intimés contre l'appellant. Le juge de première instance a conclu que le jugement en faveur de la Caisse avait l'autorité de la chose jugée et qu'il conférait un titre bon et valable à la Caisse en dépit du fait que l'hypothèque avait été consentie par une personne autre que le propriétaire enregistré. Le juge de première instance a conclu que l'appellant avait commis une erreur de droit et que le refus des intimés de signer l'acte de vente n'était pas justifié. Il a conclu que l'erreur de l'appellant constituait une faute et qu'elle était la *causa causans* du préjudice subi par les intimés. La Cour d'appel a refusé l'autorisation d'interjeter appel contre le jugement de la Cour supérieure. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'appellant a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l'autorité de la chose jugée relativement au jugement obtenu par la Caisse et des effets de ce jugement sur le titre du vendeur, et dans l'affirmative, si une telle erreur constitue une faute qui entraîne la responsabilité du notaire. Cependant, avant de répondre aux questions principales, notre Cour doit décider si elle a compétence pour instruire le présent pourvoi.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

(1) *La compétence de la Cour suprême*

Notre Cour a, en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, compétence pour examiner la décision de la Cour d'appel de refuser l'autorisation d'interjeter appel contre un jugement de première instance. En vertu du par. 40(1), notre Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel interjeté à l'encontre de tout jugement définitif ou de toute autre décision d'une cour d'appel intermédiaire qui soulève une question d'importance pour le public. Bien que cela commande un certain respect pour le pouvoir qu'ont indubitablement les cours d'appel intermédiaires de contrôler leur propre processus d'autorisation, il est également évident que le pouvoir discrétionnaire qu'a notre Cour d'intervenir dans ces décisions n'est pas limité par la loi. De plus, en l'espèce, l'autorisation de pourvoi a été accordée tant à l'égard de la décision de la Cour supérieure qu'à l'égard de l'arrêt de la Cour d'appel.

(2) *La chose jugée*

Il faut rejeter l'argument de l'appellant selon lequel le titre du vendeur peut être attaqué au moyen d'une action

hypothec must be rejected. The judgment granting ownership of the immovable property to the Caisse acquired the authority of *res judicata* since it met all the conditions set out in art. 1241 *C.C.L.C.* The judgment was rendered by a civil court in Quebec which had jurisdiction in the matter; the Caisse's action on the giving in payment clause was contentious in nature and the judgment "definitive", even though rendered by default, since the proceedings were served on the parties. Further, there was identity of parties, object and cause. In the context of *res judicata*, juridical identity of the parties is all that is required. The prospective vendor was a successor by particular title to the property and thus a "party" to any judgments rendered in regard thereto. The trustee was a party to the action on the giving in payment clause and represented the creditors of P.L. Inc. When someone is represented by a party to an action, he cannot later challenge the judgment. The object of the judgment obtained by the Caisse was the ownership of the immovable property, precisely the same object which an attack on the validity of the hypothec would pursue. Finally, the essence of the legal characterization of the facts alleged is identical and relates to the contract of loan. The inexecution of the obligation undertaken in that contract is the "concrete" cause of action.

Even if the creditors of P.L. Inc. were not "represented" by the trustee, they would still be bound by the judgment granting ownership of the property to the Caisse. The chirographic creditors cannot claim more rights than those of their debtor. If that debtor loses some of his patrimony, then these creditors simply have a decreased patrimony to share. They cannot challenge the validity of the judgment unless they prove that such judgment constituted an attempt to defraud the creditors. An oblique action, however, is taken by a creditor, not in a personal capacity, but as a representative of the debtor, and thus would raise the same issues of representation and *res judicata*. A Paulian action, on the other hand, must allege fraud and is taken in the name of the individual creditor exercising personal rights. Such action, although a possibility even after a judgment in giving in payment, is prescribed after one year of knowledge of the alleged fraud.

The trustee himself could not contest the judgment even if he was not properly served in his capacity as trustee in bankruptcy of P.L. Inc. P.L. Inc. was properly served, given the absence of notice of bankruptcy in the index of immovables, and the trustee, who failed to

contestant la validité de l'hypothèque. Le jugement conférant la propriété de l'immeuble à la Caisse a acquis l'autorité de la chose jugée puisqu'il satisfait à toutes les conditions énoncées à l'art. 1241 *C.c.B.-C.* Le jugement a été rendu par un tribunal civil québécois qui avait compétence en la matière; l'action de la Caisse en dation en paiement était de nature contentieuse et, quoiqu'il ait été rendu par défaut, le jugement était «définitif» puisque les procédures avaient été signifiées aux parties. De plus, il y avait identité de parties, d'objet et de cause. Dans le contexte de la chose jugée, l'identité juridique des parties est tout ce qui est requis. Le vendeur éventuel était un successeur à titre particulier de l'immeuble et était ainsi «partie» à tout jugement touchant ledit immeuble. Le syndic était partie à l'action en dation en paiement et représentait les créanciers de P.L. Inc. La personne qui est représentée par une partie à une instance ne peut par la suite contester le jugement. L'objet du jugement obtenu par la Caisse était la propriété de l'immeuble, soit précisément le même objet que viserait une contestation de la validité de l'hypothèque. Enfin, la qualification juridique des faits allégués est essentiellement identique et se rapporte au contrat de prêt. C'est l'inexécution de l'obligation assumée dans ce contrat qui constitue la cause d'action «concrète».

Même dans l'hypothèse où les créanciers de P.L. Inc. n'auraient pas été «représentés» par le syndic, ils seraient toujours liés par le jugement accordant la propriété de l'immeuble à la Caisse. Les créanciers chirographaires ne peuvent revendiquer plus de droits que ceux que possède leur débiteur. Si ce débiteur perd une partie de son patrimoine, les créanciers n'ont plus alors qu'un patrimoine réduit à partager. Ils ne peuvent contester la validité du jugement, à moins de prouver que ce jugement constitue une tentative de fraude à leur endroit. Toutefois, l'action oblique est intentée par un créancier, non en sa capacité personnelle, mais en sa qualité de représentant du débiteur, ce qui fait intervenir les mêmes notions de représentation et de chose jugée. Dans l'action paulienne, par contre, il doit y avoir allégation de fraude et le recours est formé au nom du créancier individuel dans l'exercice de ses droits personnels. Bien que cette action puisse être intentée même après un jugement en matière de dation en paiement, elle est prescrite à l'expiration d'un an à compter du jour où on a pris connaissance de la fraude alléguée.

Le syndic lui-même ne pouvait pas contester le jugement même s'il n'avait pas dûment reçu signification de l'instance en sa qualité de syndic à la faillite de P.L. Inc. P.L. Inc. a dûment reçu signification, compte tenu de l'absence d'avis de faillite dans l'index des immeubles,



register such notice on the debtor's property at the time of the bankruptcy, could not benefit from his own omission. In any event, the trustee had actual knowledge of the proceedings, and if he sought to attack the judgment, he would have had to act within a reasonable time.

As for third parties, if they were aware of the judgment rendered in favour of the Caisse they should have acted with diligence to retract the judgment. Since the judgment was registered against the property years earlier, it would be difficult, if not impossible, for the creditors to claim absence of notice. The time elapsed since the registered judgment obtained by the Caisse would also serve as a bar to third-party opposition. The remote possibility that third parties, unaware of the judgment, could later contest the validity of the hypothec and, as a consequence, the validity of the vendor's title is pure speculation. There is no indication that any other party might have had an interest in the validity of the hypothec and/or the ownership of the property.

The appellant, therefore, made an error of law in ignoring the authority of *res judicata* as regards the judgment obtained by the Caisse and its effect on the vendor's title to the property. The judgment conferred good and valid title on the Caisse, despite the fact that there was a defect in the hypothec, since it was not appealed from and, on the facts of this case, could not have been the object of further proceedings. The appellant failed to distinguish between the hypothec's defect, which existed, and the defect in the title, which did not exist, having been cured by the judgment granting ownership to the Caisse.

### (3) *Expert Evidence*

Expert witnesses testified at trial that the appellant's opinion was in conformity with the norms of practice of a prudent and cautious notary in the same circumstances. The expert evidence, although not relevant in the determination of whether the judgment rendered on the giving in payment action had the authority of *res judicata*, was relevant in the assessment of notarial practice and was properly admitted by the trial judge. The trial judge, however, is the final arbiter and is not bound by expert testimony. This is particularly so in matters of professional liability, where an expert's evidence is not binding regarding the precise question of law which the judge is called upon to decide. This is the domain of the judge.

et le syndic, qui a négligé de faire enregistrer cet avis contre les biens du débiteur au moment de la faillite, ne saurait tirer profit de sa propre omission. En tout état de cause, le syndic avait une connaissance de fait de la poursuite et s'il avait voulu attaquer le jugement, il aurait dû le faire dans un délai raisonnable.

Quant aux tierces parties, si elles étaient au courant du jugement rendu en faveur de la Caisse, c'est avec diligence qu'elles auraient dû agir pour en demander la rétractation. Le jugement ayant été enregistré contre l'immeuble plusieurs années auparavant, il serait difficile, voire impossible, aux créanciers d'invoquer l'absence d'avis. Le délai écoulé depuis l'enregistrement du jugement obtenu par la Caisse constituerait également une fin de non-recevoir à une tierce-opposition. La possibilité lointaine que des tiers, non au fait du jugement, puissent ultérieurement contester la validité de l'hypothèque et, partant, la validité du titre du vendeur n'est que pure spéculation. Rien n'indique qu'une autre partie aurait pu avoir un intérêt dans la validité de l'hypothèque ou dans la propriété de l'immeuble, ou dans les deux à la fois.

L'appellant a donc commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l'autorité de la chose jugée relativement au jugement obtenu par la Caisse et de l'effet de ce jugement sur le titre de propriété du vendeur. Le jugement a conféré à la Caisse un bon et valable titre malgré qu'il y ait eu un vice dans l'hypothèque, étant donné qu'il n'a pas été porté en appel et qu'il n'aurait pu, d'après les faits de l'espèce, faire l'objet d'autres procédures. L'appellant n'a pas fait la distinction entre le vice de l'hypothèque, qui existait, et le vice du titre, qui n'existait pas puisqu'il y avait été remédié par le jugement conférant la propriété de l'immeuble à la Caisse.

### (3) *La preuve d'expert*

Des témoins experts ont affirmé en première instance que l'opinion de l'appellant était conforme aux normes de pratique d'un notaire prudent et vigilant, placé dans les mêmes circonstances. Bien qu'elle n'ait pas été utile pour déterminer si le jugement rendu sur l'action en dation en paiement avait l'autorité de la chose jugée, la preuve d'expert était pertinente pour évaluer la pratique notariale et le juge de première instance a eu raison de l'admettre. Cependant, le juge de première instance reste l'arbitre final et n'est pas lié par le témoignage des experts. Il en va particulièrement ainsi en matière de responsabilité professionnelle où le témoignage d'un expert ne lie pas quant à la question de droit précise que le juge est appelé à trancher. Cette question relève du domaine du juge.

(4) *Professional Liability*

The trial judge was correct in concluding that the appellant's error constituted a fault entailing his liability. The fact that a professional followed the common professional practice at the relevant time is not sufficient to avoid liability. Such practice must be demonstrably reasonable. Accordingly, when a professional adheres to a common professional practice which does not accord with the general standards of liability, i.e., that one must act in a reasonable and diligent manner, he can be found liable, depending on the facts of each case. The common notarial practice followed by the appellant led to the conclusion that there was a defect in the vendor's title and that such defect was not cured by the judgment granting ownership to the Caisse. Given the clear state of the law at the time, the notarial practice as regards title searches cannot be characterized as reasonable and diligent, nor can the casual way in which the issue of *res judicata* was dealt with be condoned. The issue of *res judicata* is not a controversial one in the legal field and its application to this case did not present particular difficulties. The appellant's main contractual obligation toward the respondents was to give a legal opinion as to the vendor's title. This obligation was one of means only but one that he had a duty to fulfill in a prudent and diligent manner. Appellant's error of law was unreasonable and constituted a fault in the circumstances of this case. Further, the necessity to advise clients of the legal consequences of their actions is clearly an aspect of the notarial duty to counsel. Appellant's failure to inform the respondents of the likelihood of legal action by the vendor constituted a breach of his obligations toward the respondents.

The appellant is liable for the damage suffered by the respondents. The appellant's opinion was the direct, immediate, and logical cause of the respondents' decision not to purchase the property. The fact that the respondents sought the opinion of a second notary, which confirmed that of the appellant, did not affect the causal link between the appellant's fault and the damage suffered by the respondents. Had the appellant given proper legal advice, they would never have needed to seek a second opinion. Further, the opinion of the second notary did not constitute a *novus actus interveniens*. The respondents' decision to seek a second opinion was

(4) *La responsabilité professionnelle*

Le juge de première instance a eu raison de conclure que l'erreur de l'appelant constituait une faute engageant sa responsabilité. Le fait qu'un professionnel ait suivi la pratique professionnelle courante à l'époque en cause ne suffit pas pour échapper à la responsabilité. Il faut que le caractère raisonnable de cette pratique puisse être démontré. En conséquence, le professionnel qui adhère à une pratique professionnelle courante qui n'est pas conforme aux normes générales de la responsabilité, c'est-à-dire qu'on doit agir de façon raisonnable et diligente, peut engager sa responsabilité suivant les faits de l'espèce. La pratique notariale courante que l'appelant a suivie l'a amené à conclure que le titre du vendeur était entaché d'un vice et que ce vice n'avait pas été corrigé par le jugement qui conférait la propriété de l'immeuble à la Caisse. Compte tenu de la clarté du droit à l'époque, la pratique notariale en matière d'examen des titres ne saurait être qualifiée de raisonnable et diligente, pas plus qu'on ne saurait excuser le traitement superficiel accordé à la question de la chose jugée. La question de la chose jugée n'est pas une question controversée dans le domaine juridique et son application aux faits de l'espèce ne présentait pas de difficultés particulières. La principale obligation contractuelle de l'appelant envers les intimés consistait à donner une opinion juridique sur le titre du vendeur. Cette obligation en était une de moyens seulement, mais il avait le devoir de la remplir d'une manière prudente et diligente. L'erreur de droit commise par l'appelant était déraisonnable et constituait une faute dans les circonstances de l'espèce. De plus, la nécessité d'informer ses clients des conséquences juridiques de leurs actions est manifestement un aspect du devoir de conseil qui incombe au notaire. L'omission de l'appelant d'informer les intimés de la probabilité que le vendeur intente une action en justice constitue un manquement aux obligations qu'il avait envers les intimés.

L'appelant est responsable du dommage subi par les intimés. L'opinion de l'appelant a été la cause directe, immédiate et logique de la décision des intimés de ne pas acheter l'immeuble. Le fait que les intimés aient demandé l'avis d'un second notaire, qui a confirmé l'opinion de l'appelant, ne modifie en rien le lien de causalité existant entre la faute de l'appelant et le dommage subi par les intimés. L'appelant aurait-il donné le conseil juridique approprié aux intimés que ceux-ci n'auraient jamais eu besoin de solliciter un second avis. De plus, l'opinion du second notaire ne constituait pas un *novus actus interveniens*. La décision des intimés de

completely dependent upon the appellant's erroneous conclusion that the title was defective.

solliciter un deuxième avis dépendait complètement de la conclusion erronée de l'appelant que le titre était vicié.

### Cases Cited

**Applied:** *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; **referred to:** *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *X. v. Mellen*, [1957] Que. Q.B. 389; *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567; *Legault v. Thiffault*, [1976] C.A. 729; *Plante v. Lafleur*, [1990] R.R.A. 290; *Côté v. Drolet*, [1986] R.L. 236; *Tremblay v. D'Amours*, [1972] C.S. 144; *Markel Insurance Co. of Canada v. Travelers du Canada*, [1986] R.D.J. 516; *Irony v. Rosenberg*, [1974] C.A. 515; *Van Finance Ltd. v. Sogelong Inc.*, [1989] R.D.J. 233; *Buchanan v. Commission des accidents du travail*, [1981] C.A. 325; *Pesant v. Langevin* (1926), 41 Que. K.B. 412; *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554; *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440; *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada*, [1965] S.C.R. 594; *In re Reed: Caisse populaire Desjardins de Côte St-Paul v. Diamond Co.*, [1981] C.S. 944; *Mercurie v. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 S.C.R. 547; *Riberdy v. Laroche*, [1986] R.D.J. 510; *Darveau v. Tessier*, [1986] R.J.Q. 2770; *Bédard v. Lavoie*, [1987] R.R.A. 83; *Vail v. MacDonald*, [1976] 2 S.C.R. 825; *Hôtel-Dieu de Québec v. Bois*, [1977] C.A. 563; *Caisse populaire St-Étienne de La Malbaie v. Tremblay*, [1986] R.D.I. 554 (Sup. Ct.), rev'd [1990] R.D.I. 483 (C.A.); *Fournier & Papillon Ltée v. Simard*, [1987] R.R.A. 566; *Villemure v. Hôpital Notre-Dame*, [1973] S.C.R. 716; *G. v. C.*, [1960] Que. Q.B. 161; *Coronation Credit Corp. v. Giasson, J.E. 79-546* (Sup. Ct.), aff'd C.A. Québec, No. 200-09-000363-793, July 12, 1982; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc.*, S.C.C., No. 21373, October 3, 1990; *Sous-ministre du revenu du Québec v. Goyer*, *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, October 12, 1987, p. 1612; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Palachik v. Kiss*, [1983] 1 S.C.R. 623.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1040, 1040a [en. 1964, c. 67, s. 1; am. 1980, c. 11, s. 4; am. 1981, c. 14, s. 1], 1053, 1078.1 [en. 1982, c. 32, s. 59; am. *idem*, c. 58, s. 1], 1241, 2037.

### a Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; **arrêts mentionnés:** *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *X. v. Mellen*, [1957] B.R. 389; *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567; *Legault c. Thiffault*, [1976] C.A. 729; *Plante c. Lafleur*, [1990] R.R.A. 290; *Côté c. Drolet*, [1986] R.L. 236; *Tremblay v. D'Amours*, [1972] C.S. 144; *Markel Insurance Co. of Canada c. Travelers du Canada*, [1986] R.D.J. 516; *Irony v. Rosenberg*, [1974] C.A. 515; *Van Finance Ltd. c. Sogelong Inc.*, [1989] R.D.J. 233; *Buchanan c. Commission des accidents du travail*, [1981] C.A. 325; *Pesant v. Langevin* (1926), 41 B.R. 412; *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554; *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada*, [1965] R.C.S. 594; *In re Reed: Caisse populaire Desjardins de Côte St-Paul c. Diamond Co.*, [1981] C.S. 944; *Mercurie c. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 R.C.S. 547; *Riberdy c. Laroche*, [1986] R.D.J. 510; *Darveau c. Tessier*, [1986] R.J.Q. 2770; *Bédard c. Lavoie*, [1987] R.R.A. 83; *Vail c. MacDonald*, [1976] 2 R.C.S. 825; *Hôtel-Dieu de Québec c. Bois*, [1977] C.A. 563; *Caisse populaire St-Étienne de La Malbaie c. Tremblay*, [1986] R.D.I. 554 (C.S.), inf. [1990] R.D.I. 483 (C.A.); *Fournier & Papillon Ltée c. Simard*, [1987] R.R.A. 566; *Villemure c. Hôpital Notre-Dame*, [1973] R.C.S. 716; *G. v. C.*, [1960] B.R. 161; *Coronation Credit Corp. c. Giasson, J.E. 79-546* (C.S.), conf. C.A. Québec, n° 200-09-000363-793, 12 juillet 1982; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. c. Tissus Ranchar Inc.*, C.S.C., n° 21373, 3 octobre 1990; *Sous-ministre du revenu du Québec c. Goyer*, *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 12 octobre 1987, p. 1612; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Palachik c. Kiss*, [1983] 1 R.C.S. 623.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 1040, 1040a [ad. 1964, ch. 67, art. 1; mod. 1980, ch. 11, art. 4; mod. 1981, ch. 14, art. 1], 1053, 1078.1 [ad. 1982, ch. 32, art. 59; mod. *idem*, ch. 58, art. 1], 1241, 2037.

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 26(4) [repl. 1979, c. 37, s. 6], 32, 155, 179, 180.  
*Code Napoléon*, art. 1351.  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 47.

#### Authors Cited

Aubry, Charles et Charles Rau. *Droit civil français*, t. 12, 6<sup>e</sup> éd. Par Paul Esmein. Paris: Librairies Techniques, 1958. b

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. *La responsabilité civile médicale*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1980. c

Chauveau, Charles-Auguste. *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Québec: Dussault & Proulx, 1903.

*Civil Code of Lower Canada: First, Second and Third Reports*. Québec: Desbarats, 1865. d

Cornu, Gérard et Jean Foyer. *Procédure civile*. Paris: Presses universitaires de France, 1958.

Crépeau, Paul-André. «La responsabilité civile du médecin» (1977), 8 *R.D.U.S.* 25. e

Crépeau, Paul-André. *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1956.

Crépeau, Paul-André. «La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente» (1960), 20 *R. du B.* 433. f

Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989. g

Decorps, Jean-Paul. *La responsabilité du notaire en matière d'urbanisme*. Thèse Aix-en-Provence, 1970.

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986. h

Fabien, Claude. «Les règles du mandat». *Répertoire de droit — Mandat — Doctrine — Document 1*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1986.

Gagnon, Jean. *L'examen des titres immobiliers*. Sherbrooke: Éditions Quid Juris Inc., 1987. i

Lacoste, Paul. *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 3<sup>e</sup> éd. Par Ph. Bonnacarrère. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

Landry, Jean-Paul. «De la preuve par expert: la jurisprudence» (1980), 40 *R. du B.* 652. j

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 26(4) [repl. 1979, ch. 37, art. 6], 32, 155, 179, 180.  
*Code Napoléon*, art. 1351.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 47.

#### Doctrine citée

Aubry, Charles et Charles Rau. *Droit civil français*, t. 12, 6<sup>e</sup> éd. Par Paul Esmein. Paris: Librairies Techniques, 1958.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. *La responsabilité civile médicale*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1980.

Chauveau, Charles-Auguste. *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Québec: Dussault & Proulx, 1903.

*Code civil du Bas-Canada: Premier, Deuxième et Troisième Rapports*. Québec: Desbarats, 1865. d

Cornu, Gérard et Jean Foyer. *Procédure civile*. Paris: Presses universitaires de France, 1958.

Crépeau, Paul-André. «La responsabilité civile du médecin» (1977), 8 *R.D.U.S.* 25. e

Crépeau, Paul-André. *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1956.

Crépeau, Paul-André. «La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente» (1960), 20 *R. du B.* 433. f

Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989. g

Decorps, Jean-Paul. *La responsabilité du notaire en matière d'urbanisme*. Thèse Aix-en-Provence, 1970.

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986.

Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986. h

Fabien, Claude. «Les règles du mandat». *Répertoire de droit — Mandat — Doctrine — Document 1*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1986.

Gagnon, Jean. *L'examen des titres immobiliers*. Sherbrooke: Éditions Quid Juris Inc., 1987. i

Lacoste, Paul. *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 3<sup>e</sup> éd. Par Ph. Bonnacarrère. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

Landry, Jean-Paul. «De la preuve par expert: la jurisprudence» (1980), 40 *R. du B.* 652. j

- Langelier, sir François. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. IV. Montréal: Wilson & Lafleur, 1908.
- Laurent, François. *Principes de droit civil*, t. 20, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Librairie A. Marecq, 1893.
- Mackay, Julien S. "La garantie apportée par l'intervention du notaire dans les phases préliminaires à la conclusion de la vente". Dans *Rapports canadiens Québec*, XIX<sup>e</sup> Congrès de l'Union internationale du notariat latin. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1989, 1.
- Marquis, Paul-Yvan. "Appréciations judiciaires de la conduite professionnelle de notaires" (1987), 89 *R. du N.* 597.
- Marquis, Paul-Yvan. "La nature de la responsabilité civile du notaire, officier public". *Répertoire de droit — Pratique notariale — Doctrine — Document 6*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1983.
- Marquis, Paul-Yvan. *La responsabilité civile du notaire officier public*. Ottawa: Éditions de l'Université d'Ottawa, 1977.
- Mayrand, Albert. "Permis d'opérer et clause d'exonération" (1953), 31 *Can. Bar Rev.* 150.
- Mazeaud, Henri et Léon, et André Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6<sup>e</sup> éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1965.
- Mémeteau, Gérard. *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*. Montréal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1990.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal: Théoret, 1902.
- Molinari, Patrick A. "La responsabilité civile de l'avocat" (1977), 37 *R. du B.* 275.
- Motulsky, Henri. "Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile", *D.* 1968. *Chron.*, p. 1.
- Nadeau, André. "L'autorité de la chose jugée" (1963), 9 *McGill L.J.* 102.
- Nadeau, André et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.
- Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1987.
- Planiol, Marcel et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1954.
- Pothier, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd. Par M. Bugnet. Paris: E. Plon, Nourrit & Co., 1890.
- Poulpiquet, Jeanne de. *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires*. Paris: L.G.D.J., 1974.
- Langelier, sir François. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. IV. Montréal: Wilson & Lafleur, 1908.
- Laurent, François. *Principes de droit civil*, t. 20, 5<sup>e</sup> éd. Paris: Librairie A. Marecq, 1893.
- Mackay, Julien S. «La garantie apportée par l'intervention du notaire dans les phases préliminaires à la conclusion de la vente». Dans *Rapports canadiens Québec*, XIX<sup>e</sup> Congrès de l'Union internationale du notariat latin. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1989, 1.
- Marquis, Paul-Yvan. «Appréciations judiciaires de la conduite professionnelle de notaires» (1987), 89 *R. du N.* 597.
- Marquis, Paul-Yvan. «La nature de la responsabilité civile du notaire, officier public». *Répertoire de droit — Pratique notariale — Doctrine — Document 6*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1983.
- Marquis, Paul-Yvan. *La responsabilité civile du notaire officier public*. Ottawa: Éditions de l'Université d'Ottawa, 1977.
- Mayrand, Albert. «Permis d'opérer et clause d'exonération» (1953), 31 *R. du B. can.* 150.
- Mazeaud, Henri et Léon, et André Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6<sup>e</sup> éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1965.
- Mémeteau, Gérard. *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*. Montréal: Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec, 1990.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal: Théoret, 1902.
- Molinari, Patrick A. «La responsabilité civile de l'avocat» (1977), 37 *R. du B.* 275.
- Motulsky, Henri. «Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile», *D.* 1968. *Chron.*, p. 1.
- Nadeau, André. «L'autorité de la chose jugée» (1963), 9 *R.D. McGill* 102.
- Nadeau, André et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.
- Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1987.
- Planiol, Marcel et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, 2<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1954.
- Pothier, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd. Par M. Bugnet. Paris: E. Plon, Nourrit & Co., 1890.
- Poulpiquet, Jeanne de. *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires*. Paris: L.G.D.J., 1974.

Rabut, Albert. *De la notion de faute en droit privé*. Paris: L.G.D.J., 1949.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.

Séguin, Claude. "La responsabilité civile du notaire, officier public et conseiller juridique". In Meredith Memorial Lectures 1983-84, *Professional Responsibility in Civil Law and Common Law*. Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985.

*Traité de Droit civil du Québec*, t. 9. Par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965.

Tremblay, Gérald R. "La responsabilité professionnelle de l'avocat-conseil". In Meredith Memorial Lectures 1983-84, *Professional Responsibility in Civil Law and Common Law*. Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985.

APPEAL from a refusal of the Quebec Court of Appeal<sup>1</sup> to grant leave to appeal from a judgment of the Superior Court<sup>2</sup>. Appeal dismissed.

*François Aquin and Marie-Claude Provost*, for the appellant.

*Serge Barma*, for the respondents and the mis en cause.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The issue in this appeal concerns professional liability, in this instance that of the appellant, a notary practising in Quebec City, as a result of his professional advice to the respondents, the prospective purchasers of an immovable which was the property of the mis en cause Bolduc.

#### Facts

On April 7, 1987, the respondents signed an offer to purchase the immovable property of the mis en cause, Jean-Pierre Bolduc. The property in question is located at 1939, des Épinettes Rouges Street, Lac St-Charles, being lot 1324-52 in the parish of St-Ambroise de la Jeune Lorette in the district of Quebec. The vendor, here mis en cause, was to provide

<sup>1</sup> C.A. Québec, No. 200-46-000029-883, March 11, 1988.

<sup>2</sup> Sup. Ct. Québec, No. 200-05-001785-877, February 9, 1988.

Rabut, Albert. *De la notion de faute en droit privé*. Paris: L.G.D.J., 1949.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.

Séguin, Claude. «La responsabilité civile du notaire, officier public et conseiller juridique». Dans Conférences commémoratives Meredith 1983-84, *La responsabilité professionnelle de droit civil et de common law*. Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985.

*Traité de Droit civil du Québec*, t. 9. Par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965.

Tremblay, Gérald R. «La responsabilité professionnelle de l'avocat-conseil». Dans Conférences commémoratives Meredith 1983-84, *La responsabilité professionnelle de droit civil et de common law*. Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985.

POURVOI contre le refus de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup> d'autoriser l'appel d'une décision de la Cour supérieure<sup>2</sup>. Pourvoi rejeté.

*François Aquin et Marie-Claude Provost*, pour l'appellant.

*Serge Barma*, pour les intimés et le mis en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La question en litige dans ce pourvoi porte sur la responsabilité professionnelle, en l'occurrence celle de l'appellant, notaire exerçant dans la ville de Québec, pour les conseils professionnels qu'il a donnés aux intimés, acheteurs éventuels d'un immeuble qui était la propriété du mis en cause Bolduc.

#### Les faits

Le 7 avril 1987, les intimés signaient une offre d'achat d'un immeuble du mis en cause, Jean-Pierre Bolduc. L'immeuble en question, situé au 1939, rue des Épinettes Rouges, au Lac St-Charles, est désigné comme étant le lot 1324-52 de la paroisse de St-Ambroise de la Jeune Lorette, district de Québec. Le vendeur, ici mis en cause, devait fournir aux intimés

<sup>1</sup> C.A. Québec, n° 200-46-000029-883, 11 mars 1988.

<sup>2</sup> C.S. Québec, n° 200-05-001785-877, 9 février 1988.

the respondents with a valid title, free of all charges and encumbrances except for those specifically provided for in the offer. The deed of sale was to be executed before the appellant notary. On April 8, upon written acceptance of their offer, the respondents mandated the appellant notary to prepare the deed of sale. The respondents also obtained approval of a loan for part of the purchase price from the National Bank of Canada. That loan, however, was conditional upon a title search to be undertaken by the appellant notary, in order to ensure that the hypothec to be registered against the property, as a guarantee for the loan, would be [TRANSLATION] "a good and valid first hypothec".

Upon examining the titles, the appellant discovered that, on September 21, 1962, Paul Leclerc had acquired part of unsubdivided lot 1324. That deed was registered against the property on September 26, 1962. On February 14, 1964, the property was sold by Paul Leclerc to Paul Leclerc Inc., by a deed of sale registered on February 28, 1964. In July 1970, pursuant to a subdivision of the property, lot 1324-52, the specific property at issue, was registered in the name of Paul Leclerc Inc. On May 31, 1977, Paul Leclerc personally borrowed \$30,000 from the Caisse populaire St-François d'Assise de Québec (the "Caisse"). This loan was guaranteed by a hypothec and by a giving in payment clause in case of default by the debtor. The deed of loan was registered against the property on June 1, 1977.

On January 22, 1980, both Paul Leclerc and Paul Leclerc Inc. made assignments in bankruptcy. Grégoire Bellavance, C.A., was named trustee of both bankrupt estates. While the trustee registered a notice of the bankruptcy of Paul Leclerc against lot 1324-52 on February 2, 1980, he did not do so on behalf of Paul Leclerc Inc. The Caisse, upon the default of Paul Leclerc on his loan and pursuant to the giving in payment clause in the deed of loan, commenced forfeiture proceedings in Quebec Superior Court on April 29, 1980. Said proceedings were taken both against Grégoire Bellavance in his capacity as trustee of the bankrupt estate of Paul Leclerc and against Paul Leclerc Inc. On May 1, 1980, the proceedings were served on the trustee of the bankrupt estate of Paul Leclerc, and on May 5, 1980 on Paul Leclerc person-

un titre bon et valable, libre de toutes charges et autres droits réels sauf ceux spécifiés dans l'offre d'achat. L'acte de vente devait être signé devant le notaire appelant. Le 8 avril, après acceptation écrite de leur offre, les intimés donnaient au notaire appelant mandat de préparer l'acte de vente. Les intimés obtenaient également de la Banque Nationale du Canada l'approbation d'un prêt couvrant une partie du prix d'achat. Ce prêt était, toutefois, conditionnel à la recherche de titres que devait effectuer le notaire appelant pour s'assurer que l'hypothèque devant être enregistrée contre l'immeuble, en garantie du prêt, serait «une bonne et valable hypothèque de premier rang».

En examinant les titres, l'appelant découvrit que, le 21 septembre 1962, Paul Leclerc avait acquis une partie du lot non subdivisé 1324 aux termes d'un acte enregistré contre l'immeuble le 26 septembre 1962. Le 14 février 1964, l'immeuble a été vendu par Paul Leclerc à Paul Leclerc Inc., par acte de vente enregistré le 28 février 1964. En juillet 1970, à la suite d'une subdivision, le lot 1324-52, celui dont il s'agit précisément ici, a été enregistré au nom de Paul Leclerc Inc. Le 31 mai 1977, Paul Leclerc contractait un prêt personnel de 30 000 \$ auprès de la Caisse populaire St-François d'Assise de Québec (la «Caisse»). Ce prêt était garanti par une hypothèque assortie d'une clause de dation en paiement en cas de défaut du débiteur. L'acte de prêt a été enregistré contre l'immeuble le 1<sup>er</sup> juin 1977.

Le 22 janvier 1980, Paul Leclerc et Paul Leclerc Inc. faisaient tous deux cession de leurs biens. Grégoire Bellavance, c.a., était nommé syndic aux biens des deux faillis. Bien que le syndic ait fait enregistrer, le 2 février 1980, un avis de la faillite de Paul Leclerc contre le lot 1324-52, il ne l'a pas fait au nom de Paul Leclerc Inc. Suite au défaut de Paul Leclerc d'honorer son prêt et conformément à la clause de dation en paiement prévue à l'acte de prêt, le 29 avril 1980, la Caisse instituait des procédures devant la Cour supérieure du Québec. L'action était intentée tant contre Grégoire Bellavance en sa qualité de syndic à la faillite de Paul Leclerc que contre Paul Leclerc Inc. Elle fut signifiée, le 1<sup>er</sup> mai 1980, au syndic à la faillite de Paul Leclerc et, le 5 mai 1980, à Paul Leclerc personnellement, à sa résidence,

ally at his place of residence as well as on Paul Leclerc Inc. at its business office. The writ was issued against:

[TRANSLATION] GRÉGOIRE BELLAVANCE, in his capacity as trustee in the bankruptcy of Paul Leclerc, practising at 425 Charest Boulevard East, Québec, Que. G1K 3H9 -and- PAUL LECLERC INC., domiciled and residing at 25 Place Champéry, Notre-Dame des Laurentides, Que. G0A 2S0 Défendants -and- REGISTRAR OF QUEBEC REGISTRATION DIVISION, Québec Registry Office, 116 St-Pierre, Québec, Que. G1K 4A7

As none of the defendants appeared to defend the action, the Caisse obtained judgment in its favour by default before the special prothonotary on July 17, 1980, granting it title to the property and ordering Paul Leclerc and Paul Leclerc Inc. to vacate the premises within eight days. The judgment concluded as follows:

[TRANSLATION] DECLARES the plaintiff [the Caisse] to be absolute owner of the immoveable property so described, retroactive to June 1, 1977. . .

DECLARES that neither the defendants nor the mis en cause nor any third party has any right in or against this immoveable property. . .

ORDERS the mis en cause Registrar to receive and register this judgment to be a good and valid title to the above-described immoveable property in favour of the plaintiff, and to strike out any hypothecs, privileges, notices or other charges registered against the above-described immoveable property after the plaintiff's hypothecary deed P-1 of June 1, 1977;

This judgment was duly registered against the property on August 20, 1980. On June 18, 1981, the Caisse sold the property to the wife of the mis en cause and, on February 17, 1984, the mis en cause purchased the property from his wife.

The mis en cause later offered the property for sale and, as earlier stated, the respondents signed an offer to purchase said property on April 7, 1987. In order to obtain their loan from the bank to finance the purchase, the matter was referred to the appellant for a title search. The notary's mandate was threefold: first, to assure the parties that the vendor held proper title to the property; second, to assure the bank that

ainsi qu'à Paul Leclerc Inc., à sa place d'affaires. Le bref était décerné contre:

a GRÉGOIRE BELLAVANCE, en sa qualité de syndic à la faillite de Paul Leclerc, pratiquant au 425 est, boul. Charest, Québec, P.Q. G1K 3H9 -et- PAUL LECLERC INC., domicilié et résidant au 25 Place Champéry, Notre-Dame des Laurentides, P.Q. G0A 2S0/Défendeurs -et- LE REGISTRATEUR DE LA DIVISION D'ENREGISTREMENT DE QUÉBEC, Bureau d'enregistrement de Québec, 116 St-Pierre, Québec. P.Q. G1K 4A7

c Aucun des défendeurs n'ayant comparu à l'action, la Caisse obtenait, devant le protonotaire spécial le 17 juillet 1980, jugement par défaut lui accordant la propriété de l'immeuble et ordonnant à Paul Leclerc et à Paul Leclerc Inc. de quitter les lieux dans un délai de huit jours. Le jugement concluait ainsi:

e DÉCLARE la demanderesse [la Caisse] propriétaire incommutable avec effet rétroactif au 1er juin 1977 de l'immeuble ainsi décrit . . .

DÉCLARE que ni les défendeurs, ni le mis-en-cause, ni aucun tiers n'a aucun droit en ou contre cet immeuble . . .

f ORDONNE au registrateur, mis-en-cause, de recevoir et d'enregistrer le présent jugement, pour valoir bon et valable titre de l'immeuble ci-dessus décrit en faveur de la demanderesse et de radier les hypothèques, privilèges, avis ou autres charges enregistrés contre l'immeuble ci-dessus décrit après l'acte hypothécaire P-1 de la demanderesse du 1er juin 1977;

h Ce jugement fut dûment enregistré contre l'immeuble le 20 août 1980. Le 18 juin 1981, la Caisse vendait l'immeuble à l'épouse du mis en cause et, le 17 février 1984, le mis en cause l'achetait de sa femme.

i Le mis en cause a, par la suite, mis l'immeuble en vente et, comme je l'ai mentionné précédemment, les intimés ont signé une offre d'achat de cet immeuble le 7 avril 1987. En vue d'obtenir de la banque le prêt destiné à financer leur achat, les intimés ont demandé à l'appelant d'effectuer une recherche de titres. Le mandat du notaire était triple: premièrement, assurer les parties que le vendeur détenait un titre bon et



its loan would be guaranteed by [TRANSLATION] "a good and valid first hypothec" on the property; and finally, if all was in order, to prepare the deed of sale.

The notary discovered that, at the time Paul Leclerc borrowed from the Caisse and entered into a contract of loan with a giving in payment clause, he was not the registered owner of the property: Paul Leclerc Inc. was. In addition, the notary realized that, while a notice of the bankruptcy of Paul Leclerc had been registered by the trustee against the property in question, no notice of the bankruptcy of Paul Leclerc Inc. was registered. However, a 60-day notice, under art. 1040a C.C.L.C., had been given to both Paul Leclerc and Paul Leclerc Inc. by the Caisse before it exercised its rights under the giving in payment clause. The notary gave an opinion to his clients to the effect that the judgment obtained by the Caisse did not go so far as to cure the defect he had detected in the vendor's title to the property. He did so by telephone, on or around April 30, 1987. Pursuant to that advice, the respondents' broker wrote to the mis en cause asking him to correct, if possible, the title defect noted by the appellant. On May 13, 1987, the mis en cause's attorney answered that the judgment registered August 20, 1980 had perfected the title, and had acquired the authority of *res judicata*. The respondents then sought a second opinion and, on May 19, consulted another notary, M<sup>e</sup> Giroux, who expressed the same concerns as the appellant. In his opinion, the title was vitiated and no bank would grant a loan secured by such title since the hypothec granted by Paul Leclerc to the Caisse was granted by a person who was not the owner of the property at the time.

On May 22, 1987, the appellant notary gave a written opinion to Courtier Royal, the respondents' broker. The letter read as follows:

[TRANSLATION] Further to your letter of May 21 last, I confirm that I cannot recommend to my clients Mr. Jacques Roberge and Mrs. Johanne Beaupré that they pass title as arranged, since I consider that the titles of Mr. Jean-Pierre Bolduc, the promissor-vendor, are imperfect.

valable sur l'immeuble, deuxièmement, assurer la banque que son prêt serait garanti par «une bonne et valable hypothèque de premier rang» sur l'immeuble, et troisièmement, si le tout était en règle, préparer l'acte de vente.

Le notaire a découvert qu'à l'époque où Paul Leclerc a emprunté à la Caisse et conclu un contrat de prêt comportant une clause de dation en paiement, ce n'était pas lui qui était le propriétaire enregistré de l'immeuble, mais plutôt Paul Leclerc Inc. Le notaire s'est, de plus, aperçu qu'un avis de la faillite de Paul Leclerc avait été enregistré par le syndic contre l'immeuble en question, mais qu'aucun avis de la faillite de Paul Leclerc Inc. ne l'avait été. Toutefois, avant d'exercer ses droits en vertu de la clause de dation en paiement, la Caisse avait donné, tant à Paul Leclerc qu'à Paul Leclerc Inc., l'avis de 60 jours prévu à l'art. 1040a C.c.B.-C. Le 30 avril 1987 ou vers cette date, le notaire a avisé ses clients par téléphone que le jugement obtenu par la Caisse n'avait pu avoir pour effet de corriger le vice qu'il avait décelé dans le titre de propriété du vendeur. À la suite de cet avis, le courtier des intimés a écrit au mis en cause pour lui demander de remédier, si possible, au vice de titre décelé par l'appellant. Le 13 mai 1987, l'avocat du mis en cause a répondu que le jugement enregistré le 20 août 1980 avait rendu le titre parfait et qu'il avait acquis l'autorité de la chose jugée. En quête d'une deuxième opinion, les intimés ont, le 19 mai, consulté un autre notaire, M<sup>e</sup> Giroux, lequel a exprimé les mêmes réserves que l'appellant. À son avis, le titre était vicié et aucune banque n'accorderait un prêt garanti par un tel titre, l'hypothèque consentie par Paul Leclerc à la Caisse ayant été consentie par une personne qui n'était pas, à cette époque, propriétaire de l'immeuble.

Le 22 mai 1987, le notaire appellant rédigeait une opinion à l'intention de Courtier Royal, la maison de courtage des intimés, dont voici la teneur:

Pour faire suite à votre lettre du 21 mai dernier, je vous confirme que je ne peux recommander à mes clients, monsieur Jacques Roberge et madame Johanne Beaupré, de passer titre tel que prévu pour le motif que je considère que les titres de monsieur Jean-Pierre Bolduc, promettant-vendeur, sont imparfaits.

There is a defect in the chain of title relating to the judgment to declare ownership rendered by the Superior Court in favour of the Caisse populaire de St-François d'Assise de Québec and registered at Québec as No. 992725. This judgment declared the said Caisse owner under the giving in payment clause included in the hypothecary deed registered at Québec as No. 874806. As the hypothecary deed in question was granted by a person other than the registered owner, this hypothec was null and void and the judgment could not give more than the hypothec was worth.

Finally, I similarly could not recommend that the lender in the matter, namely the National Bank of Canada, or any other lender, make a hypothecary loan, for the reasons stated above.

It would accordingly be advisable for the promissor-vendor to perfect his title as the latter has undertaken to do in the promise of purchase made in this matter, in paragraph "3.1"... [M]y clients will have to decide what their position will be. [Emphasis added.]

The next day, the respondents notified the mis en cause that, under the circumstances, they would not purchase the property. They instructed their attorney to take action against the mis en cause. On June 17, the mis en cause was put in default and, on July 6, the respondents instituted proceedings in Provincial Court against the mis en cause claiming damages in the amount of \$4,910. On August 17, the mis en cause successfully moved for the case to be evoked to the Superior Court since the title to an immovable was challenged by the contestation (arts. 32 and 155 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25). In his subsequent defence to the action before the Superior Court, the mis en cause counterclaimed for damages of \$15,100, allegedly suffered on account of the respondents' refusal to purchase the property. In answer to the counterclaim, the respondents exercised a recourse in warranty against the appellant on the basis that it was on his advice that they refused to purchase the property.

### Judgments

*Superior Court (Mignault J.)*

En effet, il y a vice dans la chaîne des titres de propriété relativement au jugement en déclaration de propriété de la Cour supérieure rendu en faveur de la Caisse populaire de St-François d'Assise de Québec et enregistré à Québec sous le numéro 992725. Ce jugement déclarait ladite Caisse propriétaire en vertu de la clause de dation en paiement incluse dans l'acte hypothécaire enregistré à Québec sous le numéro 874806. L'acte hypothécaire en question ayant été consenti par une personne autre que le propriétaire enregistré, cette hypothèque était donc nulle et le jugement ne pouvait donner plus que ce que valait cette hypothèque.

Enfin, de même je ne saurais recommander au prêteur au dossier, soit la Banque Nationale du Canada, ou à tout autre prêteur, de prêter sur hypothèque pour les motifs soulevés ci-dessus.

Il y aurait donc lieu pour le promettant-vendeur de parfaire ses titres [c]omme ce dernier s'y est engagé dans la promesse d'achat intervenue dans ce dossier, à son paragraphe «3.1» [... I]l appartiendra à mes clients de prendre décision (*sic*) quant à la position qu'ils adopteront. [Je souligne.]

Dès le lendemain, les intimés avisaient le mis en cause de leur décision de ne pas acheter l'immeuble dans les circonstances et ils donnaient à leur avocat instruction de prendre action contre le mis en cause. Le 17 juin, le mis en cause était mis en demeure et, le 6 juillet, les intimés intentaient des poursuites contre lui en Cour provinciale, réclamant 4 910 \$ à titre de dommages-intérêts. Le 17 août, le mis en cause obtenait que l'instance soit évoquée en Cour supérieure pour le motif qu'un titre à un bien immobilier était mis en question par la contestation (art. 32 et 155 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25). Dans sa défense subséquente à l'action devant la Cour supérieure, le mis en cause se portait demandeur reconventionnel et réclamait la somme de 15 100 \$ pour les dommages qu'il aurait subis en raison du refus des intimés d'acheter l'immeuble. En réponse à la demande reconventionnelle, les intimés exerçaient un recours en garantie contre l'appellant, alléguant que c'était sur son conseil qu'ils avaient refusé de se porter acquéreurs de l'immeuble.

### Les jugements

*Cour supérieure (le juge Mignault)*

The Superior Court dismissed the respondents' action and allowed both the *mis en cause's* counterclaim and the respondents' recourse in warranty against the appellant.

At trial, both the appellant and notary Giroux testified as to their respective concurring opinions regarding the defect in the title to the property. In addition, M<sup>e</sup> Yves Demers, a well-known notary in practice for 28 years and a professor at the Faculty of Law, Laval University, was called by the appellant as an expert in the field, a qualification which the trial judge recognized on the issue of notarial practice. M<sup>e</sup> Demers also agreed that the appellant notary acted in a reasonable and prudent manner in the circumstances of the case. The respondents called no evidence on that particular aspect of the case.

The trial judge rejected the appellant's view on the basis that it disregarded the authority of *res judicata* and held that:

[TRANSLATION] The effect of the contentious judgment of July 17, 1980 was therefore definitive; it had the authority of *res judicata*, conferring good and valid title on the Caisse populaire St-François d'Assise, despite the fact that the hypothec granted pursuant to the deed of obligation of May 31, 1977 was granted by Paul Leclerc and the owner at that time was Paul Leclerc Inc.

Having found that the *mis en cause's* title was valid, the trial judge expressed the view that the appellant committed an error of law and that the respondents were not justified in refusing to sign the deed of sale. The trial judge then determined whether the appellant's error of law was the *causa causans* of the damages suffered by the respondents:

[TRANSLATION] It is true that the decision regarding purchase of the property was exclusively a matter for the plaintiffs [respondents]. In this connection it should be pointed out that the latter, who had no expert knowledge in the area, had no alternative but to follow the recommendation of the notary whose professional services they had retained. As the title of the defendant [mis en cause] was for the reasons we gave earlier good and

La Cour supérieure a rejeté l'action des intimés et a accueilli tant la demande reconventionnelle du *mis en cause* que le recours en garantie des intimés contre l'appellant.

Lors du procès, tant l'appellant que le notaire Giroux ont témoigné relativement à leurs opinions concordantes concernant le vice du titre de propriété. De plus, M<sup>e</sup> Yves Demers, notaire bien connu exerçant sa profession depuis 28 ans et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, a comparu pour l'appellant en qualité d'expert dans le domaine, qualité que lui a reconnue le juge de première instance en ce qui a trait à la pratique notariale. M<sup>e</sup> Demers s'est dit, lui aussi, d'avis que le notaire appellant avait agi d'une manière raisonnable et prudente dans les circonstances de l'espèce. Les intimés n'ont fait entendre aucun témoin sur cet aspect particulier de l'affaire.

Le juge de première instance n'a pas retenu l'opinion de l'appellant parce qu'il avait fait abstraction de l'autorité de la chose jugée. Il a conclu en ces termes:

Le jugement contentieux du 17 juillet 1980 avait donc un caractère définitif et l'autorité de la chose jugée et conférait un titre bon et valable à la Caisse populaire St-François d'Assise, et cela en dépit du fait que l'hypothèque consentie aux termes de l'acte d'obligation du 31 mai 1977 l'avait été par Paul Leclerc alors que Paul Leclerc Inc. en était à ce moment-là le propriétaire en titre.

Après avoir déterminé la validité du titre du *mis en cause*, le juge de première instance s'est dit d'avis que l'appellant avait commis une erreur de droit et que le refus des intimés de signer l'acte de vente n'était pas justifié. Il s'est ensuite demandé si cette erreur de droit de l'appellant était la *causa causans* des dommages subis par les intimés:

Il est vrai que la décision quant à l'achat de la propriété relevait uniquement des demandeurs [intimés]. À cet égard, il faut observer que ces derniers, profanes en la matière, n'avaient d'autre alternative que de suivre la recommandation du notaire dont ils avaient requis les services professionnels. Or, le titre du défendeur [mis en cause] étant, pour les raisons que nous avons données plus haut, bon et valable, le défendeur en garantie [l'ap-

valid, the defendant in warranty [the appellant] was not justified in making the recommendation to them that he did.

Regarding the issue of fault, the trial judge concluded:

[TRANSLATION] . . . the defendant in warranty [the appellant] concluded that the hypothec granted by Paul Leclerc was null and void, and that accordingly the judgment was as well, since in reality he gave the judgment no more value than the hypothec, which was a mistaken conclusion of law in the circumstances. Me Dorion could not be unaware of the provisions of the first paragraph of art. 1241 C.C.[L.C.]. In performing his duty as legal counsel for the plaintiffs [the respondents], he should have taken his research further and considered whether the judgment of July 17, 1980 had any effect in law, rather than simply concluding that the judgment was vitiated merely by the fact that the hypothec granted by Paul Leclerc to the Caisse was null and void.

He made the following comments as regards common notarial practice:

[TRANSLATION] . . . we cannot share the opinion of the notary Demers when he says that the notary Dorion "acted properly, prudently and in the best possible way in the circumstances".

Mignault J. thus dismissed the respondents' action, allowed the mis en cause's counterclaim and ordered the respondents to pay the mis en cause \$3,500 in damages, the amount agreed upon by the parties, with interest, the additional indemnity provided for in art. 1078.1 C.C.L.C. and costs of a fourth class action. The recourse in warranty was allowed with costs and the appellant, defendant in warranty, was ordered to indemnify respondents in the amount of their condemnation in the mis en cause's counterclaim.

#### *Court of Appeal*

The appellant sought leave to appeal to the Quebec Court of Appeal. Leave was refused under art. 26(4) C.C.P. for the following reason:

pelant] n'était pas justifié de leur faire la recommandation que l'on sait.

<sup>a</sup> En ce qui regarde la faute, le juge de première instance est venu à la conclusion suivante:

. . . le défendeur en garantie [l'appellant] en est arrivé à la conclusion que l'hypothèque consentie par Paul Leclerc était nulle et éteinte, partant, le jugement l'était aussi puisque, à la vérité, il n'accordait pas au jugement plus de valeur que l'hypothèque, ce qui était une conclusion erronée en droit dans les circonstances. Me Dorion ne pouvait [pas] ignorer les dispositions du premier alinéa de l'article 1241 C.C.[B.-C.]. Dans l'exercice de son devoir de conseiller juridique des demandeurs [les intimés], il eût dû pousser plus avant sa recherche et se demander si le jugement du 17 juillet 1980 avait en droit quelque effet plutôt que de conclure sans plus que le jugement était entaché de nullité du seul fait que l'hypothèque consentie par Paul Leclerc à la Caisse était nulle.

<sup>e</sup> Il a ensuite formulé les commentaires que voici à l'égard de la pratique notariale courante:

<sup>f</sup> . . . nous ne pouvons partager l'opinion du notaire Demers lorsqu'il affirme que le notaire Dorion a « agi sagement, prudemment et de la manière la plus adéquate dans les circonstances ».

<sup>g</sup> Le juge Mignault a en conséquence rejeté l'action des intimés, accueilli la demande reconventionnelle du mis en cause et ordonné aux intimés de payer à ce dernier la somme de 3 500 \$, convenue entre les parties, plus les intérêts, ainsi que l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1078.1 C.c.B.-C. et les dépens d'une action de quatrième classe. Le recours en garantie a été accueilli avec dépens et l'appellant, défendeur en garantie, a été condamné à indemniser les intimés de la condamnation prononcée contre eux relativement à la demande reconventionnelle du mis en cause.

#### *Cour d'appel*

<sup>j</sup> L'appellant a demandé la permission d'interjeter appel à la Cour d'appel du Québec. Cette permission lui a été refusée, en vertu du par. 26(4) C.p.c., pour le motif suivant:

[TRANSLATION] WHEREAS the appellant has not shown that the point at issue was one which should be submitted to the Court of Appeal;

Leave to appeal to this Court was granted on February 2, 1989, [1989] 1 S.C.R. viii, on condition that appellant assume the costs of the appeal in any event.

### Issues and Arguments

In considering the issue of professional liability, there are several questions which arise in the context of this case. Was the appellant notary in error? If so, did such error constitute a fault engaging his liability? The examination of these questions will entail a discussion of the nature of professional liability, the notion of *res judicata* and its incidence in the context of title searches, the distinction between error and fault, the significance of expert testimony as it relates to legal questions, causation, and finally, the question of costs. On each of these issues the parties submitted arguments.

The appellant maintains that he committed no error of law. In his view, the hypothec was void *ab initio* according to art. 2037 *C.C.L.C.* and the nullity was absolute. Consequently, the hypothecary obligation was null and the judgment on the giving in payment clause did not confer ownership on the Caisse. There was no *res judicata* on the right of ownership of the Caisse since there was neither identity of object nor identity of cause, the judgment not bearing upon the validity of the hypothec. Furthermore, the trustee in bankruptcy of Paul Leclerc Inc. was not called in the proceedings, and thus could later, acting on behalf of the creditors of the bankrupt estate, contest the validity of the Caisse's ownership.

The appellant argues that the judgment of the Superior Court ignores the issue of fault completely. By failing to consider the behaviour of the prudent and reasonable notary in similar circumstances, the trial judge confused the notions of fault and error of law, transforming an obligation of diligence into an obligation of result. The burden of proof was on the

CONSIDÉRANT que l'appellant n'a pas démontré que la question en jeu en était une qui devrait être soumise à la Cour d'appel;

a L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 2 février 1989, [1989] 1 R.C.S. viii, à la condition que l'appellant en assume les dépens, quelle que soit l'issue de la cause.

### b Questions en litige et argumentation

Sous l'angle de la responsabilité professionnelle, plusieurs questions se posent dans le contexte de la présente instance. Le notaire appellant a-t-il commis une erreur? Dans l'affirmative, cette erreur constituait-elle une faute engageant sa responsabilité? L'examen de ces questions amènera à discuter de la nature de la responsabilité professionnelle, de la notion de chose jugée et de son incidence sur la recherche de titres, de la distinction entre erreur et faute, de la portée d'un témoignage d'expert lorsqu'il s'agit de questions de droit, de la causalité et, enfin, de la question des dépens. Les parties ont soumis des arguments sur chacun de ces points.

L'appellant soutient qu'il n'a commis aucune erreur de droit. À son avis, l'hypothèque était nulle *ab initio* en vertu de l'art. 2037 *C.c.B.-C.* et cette nullité était absolue. En conséquence, l'obligation hypothécaire était nulle et le jugement sur la clause de dation en paiement n'a pas accordé la propriété à la Caisse. Il n'y avait pas chose jugée quant au droit de propriété de la Caisse étant donné qu'il n'y avait ni identité d'objet ni identité de cause, le jugement ne portant pas sur la validité de l'hypothèque. De plus, le syndic à la faillite de Paul Leclerc Inc. n'ayant pas été constitué partie à l'instance, il pouvait donc ultérieurement, au nom des créanciers de la faillite, contester la validité du titre de propriété de la Caisse.

L'appellant fait valoir que le jugement de la Cour supérieure fait complètement abstraction de la question de faute. En ne prenant pas en considération la conduite qu'aurait eue un notaire prudent et raisonnable dans des circonstances similaires, le juge de première instance a confondu les notions de faute et d'erreur de droit, transformant ainsi une obligation de diligence en une obligation de résultat. C'est aux intimés qu'il incombait d'établir la faute de l'appe-

respondents to establish the fault of the appellant, and they brought no evidence to support this claim.

As to the role of expert testimony, while, according to the appellant, the judge must decide questions of law, where professional liability is in issue, experts can assist the court in determining how a reasonable professional would have acted in a given situation. In the appellant's view, the trial judge did not assess the expert evidence regarding "reasonable" notarial practice, but instead rejected it on the ground that he disagreed with the expert's opinion on the question of law. The appellant relies on *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, claiming that expert testimony was considered in the determination of a lawyer's negligence, and thus argues that courts should allow expert testimony in matters of notarial liability.

The respondents, for their part, submit that there was no defect of title. Consequently, the advice of the appellant notary to the contrary was erroneous. They plead in substance the following.

First, the respondents say that the presumption of *res judicata*, as set forth in art. 1241 C.C.L.C., is irrefutable. Jurisprudence, doctrine, as well as the codal provision itself all recognize the final and definite effect of a judgment rendered in contentious matters by a civil tribunal. The Superior Court's judgment of July 17, 1980, registered against the property in question on August 20, 1980, acquired the authority of *res judicata*, as the judgment was not appealed. The mis en cause therefore acquired perfect title when he became the owner of the said property.

In the action on the giving in payment clause, the respondents maintain that all the interested parties were called into the proceedings, because the owner of the property, Paul Leclerc Inc., was designated as a party and the action was served on the company. The trustee of both bankrupt estates was served and made a party to the suit, albeit as a trustee to the personal bankruptcy of Paul Leclerc. The conclusions of the Superior Court on the action in giving in payment were, in the respondents' view, clear and unambigu-

lant, et ils n'ont apporté aucune preuve à l'appui de cette prétention.

Quant au rôle des témoins experts, l'appellant affirme que bien qu'il appartienne au juge de trancher les questions de droit, les experts peuvent, lorsqu'il s'agit de responsabilité professionnelle, l'aider à déterminer de quelle manière un professionnel raisonnable aurait agi dans une situation donnée. Or, soutient l'appellant, le juge de première instance n'a pas évalué le témoignage de l'expert en ce qui touche la pratique notariale «raisonnable», mais il l'a plutôt rejeté parce qu'il ne partageait pas son opinion sur la question de droit. L'appellant s'appuie sur l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, où, dit-il, on a tenu compte de témoignages d'experts pour déterminer s'il y avait eu négligence de la part d'un avocat. Il affirme par voie de conséquence que les tribunaux devraient permettre le témoignage d'experts en matière de responsabilité notariale.

Quant aux intimés, ils soutiennent qu'il n'y avait pas de vice de titre et que l'avis contraire du notaire appelant était donc erroné. Ils plaident en substance ce qui suit.

En premier lieu, les intimés affirment que la présomption de chose jugée, énoncée à l'art. 1241 C.c.B.-C., est irréfragable. La jurisprudence, la doctrine, de même que la disposition du Code elle-même reconnaissent tous l'effet définitif qu'a le jugement rendu en matière contentieuse par un tribunal civil. Le jugement de la Cour supérieure, daté du 17 juillet 1980 et enregistré contre l'immeuble en cause le 20 août 1980, a acquis l'autorité de la chose jugée puisqu'il n'a pas été porté en appel. C'est donc un titre parfait qu'a acquis le mis en cause en devenant propriétaire dudit immeuble.

Les intimés soutiennent que tous les intéressés ont été constitués parties à l'action relative à la clause de dation en paiement puisque le propriétaire de l'immeuble, Paul Leclerc Inc., a été constitué partie et que l'action a été signifiée à la compagnie. Le syndic aux biens des deux faillies a également reçu signification de la poursuite dont il a été constitué partie, bien qu'en sa qualité de syndic à la faillite personnelle de Paul Leclerc. De l'avis des intimés, les conclusions de la Cour supérieure sur l'action en dation en paie-

ous, declaring the Caisse sole owner of the property and radiating all charges against the immovable property retroactively to the date of the deed of loan. The failure of the parties to the proceedings to raise the matter of ownership of the property at that time precluded them from subsequently raising the same issue. The judgment is consequently *res judicata* between the parties.

According to the respondents, the appellant's error of law in ignoring the effect of *res judicata* was so fundamental that it constituted a fault. No matter the common notarial practice at the time, the appellant, in the circumstances, did not act as a reasonable and diligent notary. In any event, the evidence of the expert notary, as well as that of notary Giroux, should not have been admitted. Under the guise of discussing common notarial practice, these witnesses' actual purpose was to accredit the legal opinion of the appellant. It is the function of the judge, not experts, to decide questions of law.

The respondents' refusal to pass title and the damages suffered as a result of this refusal were a logical, direct and immediate consequence of the fault of the appellant. Since, in the respondents' opinion, there was no error on the part of the trial judge, the appeal should be dismissed.

#### Analysis

At the outset, a preliminary question arose as to the jurisdiction of this Court to hear the appeal from both the Superior Court judgment and the Court of Appeal judgment refusing leave to appeal of the lower court decision. The parties urged us to decide the merits of the case, particularly since leave was granted by this Court not only from the Court of Appeal's judgment, but also [TRANSLATION] "if this Court sees fit, from the Superior Court's decision rendered on February 9, 1988".

Any doubt on the issue of jurisdiction is, in my view, resolved by *MacDonald v. City of Montreal*,

ment étaient claires et nettes: la Caisse était déclarée seule propriétaire de l'immeuble et toutes les charges grevant l'immeuble étaient radiées rétroactivement à la date de l'acte de prêt. Le défaut des parties à l'instance de soulever, à ce moment-là, la question de la propriété de l'immeuble les privaient du droit de soulever ultérieurement la même question. Le jugement a donc acquis l'autorité de la chose jugée entre les parties.

D'après les intimés, l'erreur de droit que l'appelant a commise en ne tenant pas compte de l'effet de la chose jugée est si fondamentale qu'elle équivaut à une faute. Quelle qu'ait été la pratique notariale courante à cette époque, l'appelant n'a pas, dans les circonstances, agi comme un notaire raisonnable et diligent. En tout état de cause, le témoignage du notaire expert, de même que celui du notaire Giroux, n'auraient pas dû être admis en preuve. Sous le couvert d'une analyse de la pratique notariale courante, ces témoignages servaient en réalité à accréditer l'opinion juridique de l'appelant. Or, c'est au juge, et non aux experts, qu'il appartient de trancher les questions de droit.

Le refus des intimés de passer titre et les dommages résultant de ce refus sont la conséquence logique, directe et immédiate de la faute de l'appelant. Puisque, selon les intimés, le juge de première instance n'a commis aucune erreur, le pourvoi doit être rejeté.

#### Analyse

Dès le départ, on a soulevé la question préliminaire de la compétence de notre Cour d'entendre le pourvoi interjeté tant à l'encontre du jugement de la Cour supérieure que de l'arrêt de la Cour d'appel refusant l'autorisation d'en appeler de la décision du tribunal d'instance inférieure. Les parties nous ont demandé de nous prononcer sur le fond de l'affaire, étant donné que notre Cour a accordé l'autorisation de se pourvoir non seulement contre l'arrêt de la Cour d'appel, mais également, «si cette Cour le juge à propos, contre la décision de la Cour supérieure rendue le 9 février 1988».

Tout doute quant à la question de compétence est, à mon avis, résolu par l'arrêt *MacDonald c. Ville de*

[1986] 1 S.C.R. 460, where, as here, the Court of Appeal refused to grant leave to appeal. Although dissenting on the constitutional issue involved, Wilson J. spoke on the issue of jurisdiction at p. 508:

Under s. 41(1) of the *Supreme Court Act* [now s. 40(1)] this Court retains the discretionary power to interfere with any final or other judgment of the intermediate appellate courts which raises an issue of national importance. This discretion is itself broadly phrased so as to include any case with respect to which "... the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it . . . ." While a certain amount of deference to the undoubted competence of intermediate appellate courts to control their own leave granting process is called for, it is equally evident that this Court's jurisdiction to exercise its own discretion in intervening in such decisions is not statutorily confined.

This being said, before delving into the particular question of whether the appellant notary did err in law, it may be appropriate to situate the debate within the general context in which it arises, i.e., professional liability.

#### Professional Liability

Professional liability is governed by the principles of ordinary civil liability, i.e., the theory of fault. Mazeaud and Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (6th ed. 1965), t. I, at No. 507, p. 574, express this clearly:

[TRANSLATION] The same rules are always applied by the Court of Cassation in the particular area of *professional fault* . . .

This is fault committed by an individual in practising his profession, such as carelessness by a physician or surgeon or negligence by a government officer. [Emphasis in original.]

*Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, où, comme en l'es-pèce, la Cour d'appel avait refusé la permission d'appeler. Bien que dissidente sur la question constitutionnelle, le juge Wilson s'est exprimée ainsi, à la p. 508, sur l'aspect juridictionnel:

En vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* [maintenant le par. 40(1)], cette Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'intervenir à l'égard de tout jugement définitif ou de toute autre décision d'une cour d'appel intermédiaire qui soulève une question d'importance nationale. Ce pouvoir discrétionnaire est lui-même formulé en termes généraux de manière à inclure toute affaire à l'égard de laquelle «... la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie . . . » Bien que cela commande un certain respect pour le pouvoir qu'ont indubitablement les cours d'appel intermédiaires de contrôler leur propre processus d'autorisation, il est également évident que le pouvoir discrétionnaire qu'a cette Cour pour intervenir dans ces décisions n'est pas limité par la loi.

Cela dit, il m'apparaît approprié, avant d'aborder la question spécifique de l'erreur de droit qu'aurait commise le notaire appelant, de situer le débat dans son contexte général, soit celui de la responsabilité professionnelle.

#### Responsabilité professionnelle

La responsabilité professionnelle est régie par les principes de la responsabilité civile ordinaire, c'est-à-dire la théorie de la faute. Dans leur *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (6<sup>e</sup> éd. 1965), t. I, au n<sup>o</sup> 507, p. 574, Mazeaud et Tunc s'expriment clairement à ce sujet:

Ce sont toujours les mêmes règles qui sont appliquées par la Cour de cassation dans le domaine particulier de la *faute professionnelle* . . .

Il s'agit de la faute commise par un individu dans l'exercice de sa profession: telle l'imprudence d'un médecin ou d'un chirurgien, telle encore la négligence d'un officier ministériel. [En italique dans l'original.]



Similarly, Nadeau and Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), at No. 269, p. 279:

[TRANSLATION] 269.—General principle.—The study of professional liability falls under ordinary civil liability:

Mayrand, "Permis d'opérer et clause d'exonération" (1953), 31 *Can. Bar Rev.* 150, discusses professional liability in the medical context at p. 154:

[TRANSLATION] We prefer to say, however, that the theory of fault remains the same in the case of physicians' liability . . . .

(Also in the context of medical liability, see Professor Paul-André Crépeau, "La responsabilité civile du médecin" (1977), 8 *R.D.U.S.* 25, at p. 28.)

With particular regard to notarial liability, M<sup>e</sup> Claude Séguin, "La responsabilité civile du notaire, officier public et conseiller juridique", in Meredith Memorial Lectures 1983-84, *Professional Responsibility in Civil Law and Common Law* (1985), is of the same view, at pp. 227-28.

[TRANSLATION] Though neither the authors nor the courts agree on the general principles governing civil liability, I think I can say that the notary's civil liability derives from the same basic principles as the liability of any other person: it is either contractual or it is delictual or quasi-delictual.

In *X. v. Mellen*, [1957] Que. Q.B. 389, the leading case on professional liability in civil law, Bissonnette J.A. observes, at p. 413:

[TRANSLATION] The general rule therefore is that professional fault is fault like any other and is to be determined *in abstracto*.

Lajoie J.A., in *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567, expresses the same view, at p. 574:

[TRANSLATION] Since the promulgation of the *Civil Code* the latter has been the legal basis for the liability of the physician or hospital: art. 1053 provides that

Nadeau et Nadeau abondent dans le même sens dans leur *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), au n<sup>o</sup> 269, p. 279:

269.—Le principe général.—L'étude des responsabilités professionnelles rentre dans le cadre de la responsabilité civile ordinaire.

Dans l'article «Permis d'opérer et clause d'exonération» (1953), 31 *R. du B. can.* 150, Mayrand examine, à la p. 154, la question de la responsabilité professionnelle dans le contexte médical:

Nous préférons cependant soutenir que la théorie de la faute reste la même au cas de responsabilité des médecins . . . .

(Également dans le contexte de la responsabilité médicale, voir le professeur Paul-André Crépeau, «La responsabilité civile du médecin» (1977), 8 *R.D.U.S.* 25, à la p. 28.)

En ce qui concerne plus particulièrement la responsabilité notariale, M<sup>e</sup> Claude Séguin dans «La responsabilité civile du notaire, officier public et conseiller juridique», dans Conférences commémoratives Meredith 1983-84, *Responsabilité professionnelle de droit civil et de common law*, partage le même avis, aux pp. 227 et 228:

Même si les principes généraux régissant la responsabilité civile ne font certainement pas l'unanimité en droit, tant en doctrine qu'en jurisprudence, je crois pouvoir affirmer que la responsabilité civile du notaire découle des mêmes principes de base que la responsabilité de toute autre personne, elle est soit contractuelle, soit délictuelle ou quasi-délictuelle.

Dans *X. v. Mellen*, [1957] B.R. 389, l'arrêt de principe sur la responsabilité professionnelle en droit civil, le juge Bissonnette fait observer, à la p. 413:

La règle générale est donc que la faute professionnelle est une faute comme une autre et qu'elle s'apprécie *in abstracto*.

C'est aussi l'avis qu'a exprimé le juge Lajoie dans l'arrêt *Hôpital général de la région de l'amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567, à la p. 574:

La base légale de la responsabilité du médecin ou de l'hôpital existe dans le *Code civil* depuis sa promulgation; l'article 1053 édicte que: «Toute personne, capable

“Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another” and art. 1065 that “Every obligation renders the debtor liable in damages in case of a breach of it on his part”.

(See also the cases referred to by Crépeau, *op. cit.*, at p. 29, note 12.)

A professional will therefore not incur liability unless he or she acts in a manner inconsistent with that of a reasonable professional. Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at No. 705, pp. 812-13, express that view:

[TRANSLATION] The same reasons of social security that make it necessary to require an individual to devote to the performance of his obligation “all the care of a reasonable person” must make it necessary to require a professional to devote to the performance of his obligation “all the care of a good professional”, or more precisely, all the care of a good professional in his specialty. [References omitted.]

Rabut, *De la notion de faute en droit privé* (1949), at No. 89, p. 107, is of the same opinion:

[TRANSLATION] When the defendant to an action in liability is a professional, therefore, we must look at the conduct of persons in the same profession practising the same specialty . . .

(See also Mayrand, *op. cit.*, at p. 154; Crépeau, *op. cit.*, at p. 29; and Séguin, *op. cit.*, at p. 228.)

Quebec jurisprudence is no less definite on this point. In *Legault v. Thiffault*, C.A. Montréal, No. 09-000488-742, August 4, 1976 (summarized in [1976] C.A. 729), Lajoie J.A. writes, at p. 8:

[TRANSLATION] Notaries, who are professionals, have an obligation to give their clients attentive, diligent and competent service, to give them sensible and judicious advice and counsel so far as this can reasonably be expected from a legal practitioner of ordinary competence. If they fail in these duties, they commit a fault making them liable for the damage which is the immediate and direct result thereof.

de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui», l'article 1065 que: «Toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention de sa part.»

(Voir également la jurisprudence citée par Crépeau, *loc. cit.*, à la p. 29, note 12.)

La personne qui exerce une profession n'encourra donc pas de responsabilité à moins qu'elle n'ait agi d'une manière incompatible avec la conduite d'un professionnel raisonnable. C'est l'avis qu'expriment Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, au n° 705, pp. 812 et 813:

Les mêmes raisons de sécurité sociale qui font exiger du particulier qu'il apporte à l'exécution de son obligation «tous les soins d'un bon père de famille» doivent faire exiger du professionnel qu'il apporte à l'exécution de la sienne «tous les soins d'un bon professionnel» ou, plus exactement, tous les soins d'un bon professionnel de sa spécialité. [Références omises.]

Rabut formule la même opinion dans son ouvrage intitulé *De la notion de faute en droit privé* (1949), au n° 89, p. 107:

Lorsque le défendeur à l'action en responsabilité est un professionnel, il faut donc examiner la conduite de personnes exerçant la même profession, ayant la même spécialité . . .

(Voir également Mayrand, *loc. cit.*, à la p. 154, Crépeau, *loc. cit.*, à la p. 29, et Séguin, *loc. cit.*, à la p. 228.)

La jurisprudence du Québec n'est pas moins explicite sur ce point. Dans l'arrêt *Legault c. Thiffault*, C.A. Montréal, n° 09-000488-742, 4 août 1976 (résumé dans [1976] C.A. 729), le juge Lajoie écrit, à la p. 8:

Les professionnels que sont les notaires ont l'obligation de rendre à leurs clients des services attentifs, diligents et compétents, de leur donner des conseils et des avis sages et judicieux autant qu'il est raisonnable d'en attendre d'un praticien du droit de compétence ordinaire. S'ils manquent à ces devoirs, ils commettent une faute qui les rend responsables des dommages qui en sont la suite immédiate et directe.

In the recent case of *Plante v. Lafleur*, [1990] R.R.A. 290, Baudouin J.A. held that a notary was at fault because, at p. 292:

[TRANSLATION] It seems to me, therefore, that a reasonably prudent and diligent notary in the circumstances of this case would have kept the cheque . . . .

The obligation generally undertaken by professionals must be characterized as one of diligence, as the term is discussed by Professor Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), at pp. 7, 11 and 12:

#### [TRANSLATION] **Obligation of Diligence**

The obligation of diligence is that which requires the person who owes it to demonstrate prudence and skill in arriving at the result desired by the parties. This obligation is equally strong in contractual and in extra-contractual matters.

#### **Obligation of Result**

The obligation of result is that in which the person who owes it is required to obtain a specific and given result. The result in this case is not, as in the obligation of diligence, that contemplated or desired, but a promised or imposed result. Here the result is said to be *in obligatione*.

#### **Obligation of Warranty**

The obligation of warranty is that in which the person who owes it must certainly produce a specific result, but with the qualification that the person to whom it is owed will be entitled to performance of the obligation whatever happens, even in the event of a fortuitous event occurring. [References omitted.]

There seems to be unanimity, both in jurisprudence and doctrine, on the intensity of professionals' obligations to their clients. M<sup>e</sup> Patrick Molinari, "La responsabilité civile de l'avocat" (1977), 37 *R. du B.* 275, observes that legal liability is generally based on an obligation of diligence, at p. 282:

Dans un arrêt récent, *Plante c. Lafleur*, [1990] R.R.A. 290, le juge Baudouin de la Cour d'appel conclut ainsi à la faute d'une notaire, à la p. 292:

Il me paraît qu'une notaire raisonnablement prudente et diligente, dans les circonstances de l'espèce, aurait donc dû conserver le chèque . . . .

L'obligation qu'assument généralement les professionnels doit être qualifiée d'obligation de diligence, au sens où l'entend le professeur Crépeau dans *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), aux pp. 7, 11 et 12:

#### **L'obligation de diligence**

L'obligation de diligence est celle où le débiteur est tenu de faire preuve de prudence et d'habileté pour parvenir au résultat souhaité par les parties. On retrouve cette intensité d'obligation tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle.

#### **L'obligation de résultat**

L'obligation de résultat est celle où le débiteur est tenu d'obtenir un résultat précis, déterminé. Il ne s'agit plus, comme dans l'obligation de diligence, d'un résultat envisagé ou souhaité, mais bien d'un résultat promis ou imposé. On dit alors que le résultat est *in obligatione*.

#### **L'obligation de garantie**

L'obligation de garantie est celle où le débiteur doit certes atteindre un résultat précis, mais avec cette particularité que le créancier aura droit à l'exécution de l'obligation quoiqu'il arrive, même dans l'éventualité d'un cas fortuit survenu à l'égard du débiteur. [Références omises.]

Il semble y avoir unanimité, tant en jurisprudence qu'en doctrine, sur l'intensité des obligations qu'ont les professionnels envers leurs clients. M<sup>e</sup> Patrick Molinari, «La responsabilité civile de l'avocat» (1977), 37 *R. du B.* 275, fait remarquer, à la p. 282, que la responsabilité légale est généralement fondée sur une obligation de diligence:

[TRANSLATION] However, is an attorney required to guarantee that what he does will be successful? In no way should an attorney be held to have assumed an obligation of result. For example, he cannot be required to win a trial.

M<sup>e</sup> Gérald Tremblay, “La responsabilité professionnelle de l’avocat-conseil”, in Meredith Memorial Lectures 1983-84, *op. cit.*, at p. 187, puts it this way:

[TRANSLATION] It is generally agreed that an attorney assumes only obligations of means with respect to his client. [References omitted.]

In the context of medical liability, Vallerand J.A., in *Côté v. Drolet*, [1986] R.L. 236 (C.A.), makes this point succinctly, at p. 247:

[TRANSLATION] Since I think it is now accepted, so that references need not be given, that a physician has an obligation of means but not of result . . . [Emphasis in original.]

(See also Crépeau, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier* (1956), at p. 212; and Mayrand, *op. cit.*, at p. 156.)

As M<sup>e</sup> Paul-Yvan Marquis, *La responsabilité civile du notaire officier public* (1977), points out at p. 27, the same standard also applies to notaries:

[TRANSLATION] We emphasize that absolutely nothing would justify the imposition on a notary, for a breach of this duty [the duty to counsel], of greater liability than that imposed on members of the other professions. If it can be said as an argument in favour of excusing an attorney from liability that he is no more infallible than the judge trying the case, we do not see why this excuse should necessarily not apply to a notary. Otherwise, it is the very nature of the duty that must be changed: the notary's duty will no longer be to counsel but not to err. Such a conclusion is inconceivable. [References omitted.]

M<sup>e</sup> Marquis adds at p. 177:

[TRANSLATION] Obtaining a valid and authentic deed for the client is generally regarded as an obligation of result. [References omitted.]

M<sup>e</sup> Marquis in a later comment “La nature de la responsabilité civile du notaire, officier public” in

L’avocat est-il tenu cependant de garantir le bon résultat des actes qu’il pose? D’aucune façon doit-on imputer à l’avocat une obligation de résultat. Il ne saurait être tenu, par exemple, de gagner un procès.

a

M<sup>e</sup> Gérald Tremblay, «La responsabilité professionnelle de l’avocat-conseil», dans Conférences commémoratives Meredith 1983-84, *op. cit.*, à la p. 187, s’exprime ainsi:

Il est généralement admis que l’avocat n’assume à l’égard de son client que des obligations de moyens. [Références omises.]

Dans une affaire de responsabilité médicale, *Côté c. Drolet*, [1986] R.L. 236 (C.A.), le juge Vallerand fait le point succinctement, à la p. 247:

Car il est, je pense, maintenant acquis, sans qu’il soit utile de rappeler les textes, que le médecin a une obligation de moyen mais pas de résultat . . . [Souligné dans l’original.]

(Voir également Crépeau, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier* (1956), à la p. 212; et Mayrand, *loc. cit.*, à la p. 156.)

Comme le souligne M<sup>e</sup> Paul-Yvan Marquis, *La responsabilité civile du notaire officier public* (1977), à la p. 27, la même norme s’applique aux notaires:

Absolument rien, nous insistons, ne justifierait l’imposition au notaire, pour la transgression de cette obligation [le devoir de conseil], d’une responsabilité plus lourde que celle reconnue aux membres des autres professions libérales. Si l’on invoque en faveur de la non-responsabilité possible de l’avocat le fait qu’il n’est pas plus infallible que le juge qui décide du procès, nous ne voyons pas pourquoi cette excuse devrait nécessairement être étrangère au notaire. Autrement, c’est la nature même du devoir qu’il importe de changer: le notaire n’aurait plus l’obligation de conseiller mais celle de ne pas errer. Une telle conclusion répugne. [Références omises.]

M<sup>e</sup> Marquis ajoute à la p. 177:

Procurer au client un acte valide et authentique est généralement considéré comme une obligation de résultat. [Références omises.]

Dans un commentaire ultérieur, «La nature de la responsabilité civile du notaire, officier public»,

*R.D. — Pratique notariale — Doctrine — Document 6*, at No. 268, p. 159, would hold a notary to an obligation of diligence even with regard to the procurement of a valid and authentic act. Other commentators express the view that the intensity of this particular obligation should be one of result (see Mackay, “La garantie apportée par l’intervention du notaire dans les phases préliminaires à la conclusion de la vente”, in *Rapports canadiens Québec*, XIX<sup>e</sup> Congrès de l’Union internationale du notariat latin (1989), at p. 56; Crépeau, *L’intensité de l’obligation juridique*, op. cit., at note 56-11, pp. 101-2). Nonetheless, the intensity of a notary’s obligation to procure an authentic act is not in issue in the present case.

From this brief overview, I conclude that, although there may be cases where the obligation might be one of result, which is not the case here, in principle, notaries in Quebec owe their clients an obligation of diligence: to borrow the words of Lajoie J.A. in *Legault*, *supra*, they have the obligation to render to their client “attentive, diligent and competent service”. That obligation may have its source in art. 1053 *C.C.L.C.* or in contract. Although both liabilities are based on the same criteria of fault, it is interesting to briefly address the matter.

In France, the particular issue is in debate. The situation of notaries in France is best described by Jeanne de Poulpiquet, in *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires* (1974), at p. 15:

[TRANSLATION] In a word, their [notaries’] legal definition is the same now as that contained in the law of 25 Ventôse An XI: notaries are public officers responsible for recording the parties’ agreements in legal language, while giving them evidentiary and executory effect. The government delegates part of its authority to them for this purpose, and now as in the past they are the “special witnesses” whose task is to guarantee the reliability of legal documents by their official status and their competence. Accordingly, they have privileges and duties beyond those of the ordinary person: they have a monopoly position with regard to the most important documents; a law of April 28, 1816 restored the patrimoniality of their positions and gave them the right to nominate their successors for approval by the Keeper

publié dans *R.D. — Pratique notariale — Doctrine — Document 6*, au n<sup>o</sup> 268, p. 159, M<sup>e</sup> Marquis attribuerait au notaire une obligation de diligence même à l’égard de la délivrance d’un acte valide et authentique. D’autres commentateurs sont d’avis que l’intensité de cette obligation particulière devrait en être une de résultat (voir Mackay, «La garantie apportée par l’intervention du notaire dans les phases préliminaires à la conclusion de la vente», dans *Rapports canadiens Québec*, XIX<sup>e</sup> Congrès de l’Union internationale du notariat latin (1989), à la p. 56; Crépeau, *L’intensité de l’obligation juridique*, op. cit., à la note 56-11, pp. 101 et 102). Quoi qu’il en soit, l’intensité de l’obligation du notaire de délivrer un acte authentique n’est pas en cause en l’espèce.

De ce survol rapide, je conclus que, même s’il peut y avoir des cas où leur obligation pourrait en être une de résultat, ce qui n’est pas le cas en l’espèce, les notaires du Québec ont, en principe, envers leurs clients une obligation de diligence: pour reprendre les mots du juge Lajoie dans l’arrêt *Legault*, précité, ils ont l’obligation de rendre à leurs clients «des services attentifs, diligents et compétents». Cette obligation peut prendre sa source dans l’art. 1053 *C.c.B.-C.* ou dans un contrat. Bien que ces deux types de responsabilité soient fondés sur les mêmes critères de faute, il est intéressant de se pencher brièvement sur ce point.

En France, cette question particulière fait l’objet d’un débat. C’est Jeanne de Poulpiquet qui donne la meilleure description de la situation des notaires en France, dans *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires* (1974), à la p. 15:

À un mot près, en effet, leur [les notaires] définition légale est aujourd’hui la même que celle qui était contenue dans la loi du 25 Ventôse An XI: les notaires sont des officiers publics chargés de transcrire en langage juridique les conventions des parties, tout en leur donnant force probante et force exécutoire. Pour cela l’État leur délègue une parcelle de son autorité et aujourd’hui comme par le passé, ils sont ces «témoins privilégiés» dont la tâche est d’assurer, par leur investiture officielle et par leur compétence, la sécurité des actes juridiques. Ils ont, par conséquent, des privilèges et des devoirs exorbitants du droit commun: ils sont, en effet, pour les actes les plus importants en position de monopole; une loi du 28 avril 1816 a rétabli la patrimonialité de leur office et leur a donné la possibilité de présenter leur suc-

of the Seals. In return for this, however, they are under the direct authority of the Executive: they are appointed by the Minister of Justice and, after this appointment, the chancellery, through its attorneys general, attorneys and deputies, exercises ongoing supervision over them. Their pay is not unlimited but is determined by law. They cannot refuse to act. [Emphasis added; references omitted.]

Therefore, even though French notaries may have their own practices and clients, the restrictions imposed by the state have resulted in a great deal of debate as to whether notarial liability is grounded in contract or in delict.

De Poulpiquet criticizes the contractual approach, particularly since the notary in France, as a public official, has no choice but to accept those who seek his or her services. At page 164, she comments:

[TRANSLATION] It will not suffice that there are two parties present, one providing a service and the other paying for it, to establish an actual contract. It is essential for there to be a meeting of the minds intended to create obligations, and that those obligations should largely result from the individuals' will and intention. [References omitted.]

De Poulpiquet, therefore, opts for delictual liability of notaries while others, such as Decorps, *La responsabilité du notaire en matière d'urbanisme* (thesis 1970), at p. 309, propose a contractual basis of liability:

[TRANSLATION] The four conditions for validity of a contract required by art. 1108 of the Civil Code appear to be met: two parties, the client and his notary, are present. The client is seeking the service provided by the notary and the latter agrees to perform it. The contract is concluded between two legally competent parties and has an object, the preparation of an authentic deed, and a cause, for the client the performance of a given operation and for the notary the collection of fees . . .

In Quebec, unless employed by the government, which may warrant different considerations, notaries, as well as lawyers, are generally engaged in private practice. They are consulted by the public for advice in their particular field of expertise. While a notary may incur delictual liability for a fault generated

cesseur à l'agrément du Garde des Sceaux. En contrepartie, cependant, ils sont sous l'autorité directe du pouvoir exécutif; ils sont nommés par le ministre de la justice et, après cette nomination, la chancellerie, par l'intermédiaire des procureurs généraux, des procureurs et des substituts, exerce sur eux un contrôle permanent. Leur rémunération n'est pas libre mais prévue par la loi. Ils ne peuvent refuser d'instrumenter. [Je souligne; références omises.]

Par conséquent, bien que les notaires de France puissent avoir leur propre pratique et leurs propres clients, les restrictions que leur impose l'État ont donné lieu à de nombreux débats quant au fondement contractuel ou délictuel de leur responsabilité.

De Poulpiquet critique l'approche contractuelle, étant donné surtout qu'en France le notaire n'a, à titre d'officier public, d'autre choix que d'accepter de fournir ses services à ceux qui lui en font la demande. Elle fait remarquer à la p. 164:

Il ne suffit pas, en effet, qu'il y ait deux parties en présence, une prestation de service et une rémunération, pour démontrer la réalité d'un contrat. Il faut surtout qu'il existe un accord de volonté destiné à créer des obligations et que la liberté et la volonté individuelles participent dans une large part à cette création. [Références omises.]

De Poulpiquet opte donc pour la responsabilité délictuelle des notaires, alors que d'autres auteurs, comme Decorps, dans *La responsabilité du notaire en matière d'urbanisme* (thèse 1970), à la p. 309, proposent un fondement contractuel:

Les quatre conditions de validité d'un contrat exigées par l'article 1108 du Code Civil paraissent, en effet, réunies: deux parties, le client et son notaire, sont en présence. Le client demande le service du ministère d'un notaire, ce dernier consent à exécuter. Le contrat est passé par deux parties capables, il y a un objet: la rédaction d'un acte authentique et une cause: la réalisation d'une opération donnée pour le client, la perception d'honoraires pour le notaire . . .

Au Québec, à moins qu'ils ne soient employés du gouvernement, ce qui pourrait justifier des considérations différentes, les notaires, tout comme les avocats, ont généralement leur propre cabinet privé. Ils sont consultés par le public qui sollicite leurs conseils dans leur champ particulier de spécialisation. Bien

outside the contractual sphere, the relationship between a notary and his client is generally of a contractual nature.

The obligations that a notary may undertake in a particular case are diverse. As Me Claude Fabien notes, in "Les règles du mandat", *R.D. — Mandat — Doctrine — Document 1*, at No. 48, p. 88:

[TRANSLATION] The notary performs various functions, including those of public officer, legal counsel and mandatary. Though these may coexist, they should not be confused.

The contract in the present case imposed a specific obligation on the notary, one agreed to by both parties. The obligation is described at p. 1 of the appellant's factum as follows:

[TRANSLATION] ... the respondents ... gave the appellant notary the task of searching the title and preparing the deed of purchase. As the prospective purchasers had obtained a loan from the National Bank of Canada, the notary also had to report on his title search to the lending institution and guarantee the latter "a good and valid first hypothec".

The contractual mandate to search title is one component of a notary's "duty to counsel" his or her clients (Marquis, *La responsabilité civile du notaire officier public*, op. cit., at p. 60). This duty is well described by Marquis at p. 32:

[TRANSLATION] The duty to counsel may be defined as the moral and legal duty imposed on a notary, a public officer, to inform the parties according to their respective needs and the particular circumstances of each case as to the nature and the legal, and sometimes even economic, consequences of their deeds and agreements, as well as the formalities required to ensure that the latter are valid and effective. [References omitted.]

(See also Nadeau and Nadeau, op. cit., at No. 287, p. 297.)

The distinction between contractual and delictual liability, which may be of considerable importance in

que le notaire puisse encourir une responsabilité délictuelle pour une faute commise à l'extérieur du domaine contractuel, les relations qu'il entretient avec son client sont généralement de nature contractuelle.

Les obligations que le notaire peut contracter dans un cas donné sont de nature diverse. Comme le souligne Me Claude Fabien dans «Les règles du mandat», *R.D. — Mandat — Doctrine — Document 1*, au n° 48, p. 88:

Le notaire exerce diverses fonctions dont celles d'officier public, de conseiller juridique et de mandatary. Quoiqu'elles puissent coexister, elles ne doivent pas être confondues.

En l'espèce, le contrat imposait au notaire une obligation spécifique, dont les deux parties avaient convenu. L'obligation est ainsi décrite à la p. 1 du mémoire de l'appelant:

... les intimés [...] confiaient au notaire appelant la tâche de faire l'examen des titres et de passer l'acte d'acquisition. Les acheteurs éventuels ayant obtenu un prêt de la Banque Nationale du Canada, le notaire devait aussi faire rapport de son examen des titres à l'institution prêteuse et garantir à cette dernière «une bonne et valable hypothèque de premier rang».

Le mandat contractuel d'examiner les titres est l'une des composantes du «devoir de conseil» qu'assume le notaire envers ses clients (Marquis, *La responsabilité civile du notaire officier public*, op. cit., à la p. 60). Ce devoir est bien décrit par Marquis, à la p. 32:

Le devoir de conseil peut être défini comme étant l'obligation à la fois morale et légale qui incombe au notaire, officier public, d'éclairer les parties, suivant leurs besoins respectifs et les circonstances particulières de chaque cas, sur la nature et les conséquences juridiques parfois même économiques de leurs actes et conventions, ainsi que sur les formalités requises pour assurer à ceux-ci leur validité et leur efficacité. [Références omises.]

(Voir également Nadeau et Nadeau, op. cit., au n° 287, p. 297.)

La distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, qui peut revêtir une importance

some instances, is of no practical consequence in the present case since both delictual and contractual liability are grounded on the same general principles concerning fault.

It is against these principles governing professional liability that the liability of the appellant notary must be assessed. Given that the appellant had a contractual obligation of diligence toward the respondents, did he fulfill that obligation? Was the notary at fault?

The fault alleged against the appellant notary stems from an error of law which, according to the respondents, the notary made when he gave professional advice to the respondents, particularly in ignoring the authority of *res judicata* as regards the judgment obtained by the Caisse and its effect on the vendor's title to the property in question. It is therefore necessary, as a first step, to determine whether such judgment acquired the authority of *res judicata*.

### Res judicata

In order to make this determination, an examination of the nature and conditions of *res judicata* and its application to the facts of the case must be undertaken.

#### A) Nature

Article 1241 *C.C.L.C.* articulates the principle of *res judicata*:

1241. The authority of a final judgment (*res judicata*) is a presumption *juris et de jure*; it applies only to that which has been the object of the judgment, and when the demand is founded on the same cause, is between the same parties acting in the same qualities, and is for the same thing as in the action adjudged upon.

The first Report of the Commissioners for the codification of the laws of Lower Canada relating to civil matters, cites, at p. 131, as the source of art. 1241 *C.C.L.C.*, art. 1351 of the *Code Napoléon*, which reads:

[TRANSLATION] 1351. The faith due to *res judicata* only extends to what forms part of the judgment. The thing sued for must be the same; the action must be

considérable dans certains cas, n'a aucune conséquence pratique dans la présente instance étant donné que les deux types de responsabilité sont fondés sur les mêmes principes généraux concernant la faute.

C'est à la lumière de ces principes régissant la responsabilité professionnelle que la responsabilité du notaire appelant doit être appréciée. Compte tenu de l'obligation contractuelle de diligence qu'il avait envers les intimés, l'appelant s'est-il acquitté de cette obligation? Le notaire a-t-il commis une faute?

La faute reprochée à l'appelant découle d'une erreur de droit que, selon les intimés, le notaire aurait commise en leur donnant un conseil professionnel, plus précisément en ne tenant pas compte de l'autorité de la chose jugée relativement au jugement obtenu par la Caisse et des effets de ce jugement à l'égard du titre de propriété du vendeur sur l'immeuble en cause. Il est donc nécessaire, dans un premier temps, de déterminer si ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée.

### Chose jugée

Afin de trancher cette question, il nous faut examiner la nature et les conditions d'existence de la chose jugée, ainsi que son application aux faits de l'espèce.

#### A) Nature

C'est à l'art. 1241 *C.c.B.-C.* qu'est formulé le principe de la chose jugée:

1241. L'autorité de la chose jugée (*res judicata*) est une présomption *juris et de jure*; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, et lorsque la demande est fondée sur la même cause, est entre les mêmes parties agissant dans les mêmes qualités, et pour la même chose que dans l'instance jugée.

Dans le premier rapport des commissaires pour la codification des lois civiles du Bas-Canada, à la p. 131, on cite, comme source de l'art. 1241 *C.c.B.-C.* l'art. 1351 du *Code Napoléon*, dont voici la teneur:

1351. L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fon-



based on the same cause; the action must be between the same parties and brought by the same parties against the same parties in the same capacity.

(English translation of Henry Cachard, *The French Civil Code* (1930).)

Pothier, in *Oeuvres de Pothier* (1890), t. 2, at No. 885, p. 469, explains:

[TRANSLATION] The *authority of res judicata* means that everything contained in the judgment is presumed to be true and equitable; and as this presumption is *juris et de jure* any evidence to the contrary is excluded. [Emphasis in original.]

(To the same effect, see Aubry and Rau, *Droit civil français* (6th ed. 1958), t. 12, No. 769, p. 319; Laurent, *Principes de droit civil* (5th ed. 1893), t. 20, at No. 1, p. 5.)

The rationale for this irrebuttable legal presumption of validity of judgments is anchored in public social policy to ensure the security and stability of relations in society. The converse would be anarchy, with the possibility of endless trials and contradictory judgments.

Authors, both in France and in Quebec, express this view in more or less the same manner. Planiol and Ripert, in their *Traité pratique de droit civil français* (2nd ed. 1954), t. VII, at No. 1552, p. 1015, observe that:

[TRANSLATION] In reality this legal presumption amounts to a rule of substance. The judgment once rendered will finally terminate the proceeding if the rights of appeal were exercised in vain or if no use was made of them. It is a social necessity of the first order that legal proceedings should not be started over and over again on the same matter. Stability in social relationships requires that decisions of the courts be observed in the same way as legislation.

M<sup>e</sup> Charles-Auguste Chauveau, in his doctoral thesis, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1903), expands on the purpose of *res judicata*, at No. 1, p. 7:

[TRANSLATION] Without a clearly defined supreme authority, society quickly degenerates into anarchy. Without the presumption of truth which the law confers on a certain class of judgments, the exercise of judicial

dée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

Pothier, dans *Oeuvres de Pothier* (1890), t. 2, au n<sup>o</sup> 885, p. 469, explique que:

L'autorité de la chose jugée fait présumer vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le jugement; et cette présomption étant *juris et de jure*, exclut toute preuve du contraire. [En italique dans l'original.]

(Dans le même sens, voir Aubry et Rau, *Droit civil français* (6<sup>e</sup> éd. 1958), t. 12, n<sup>o</sup> 769, p. 319; Laurent, *Principes de droit civil* (5<sup>e</sup> éd. 1893), t. 20, au n<sup>o</sup> 1, p. 5.)

La raison d'être de cette présomption légale irréfragable de validité des jugements est ancrée dans une politique sociale d'intérêt public visant à assurer la sécurité et la stabilité des rapports sociaux. L'inverse signifierait l'anarchie, avec la perspective de procès sans fin et de jugements contradictoires.

Les auteurs, tant en France qu'au Québec, expriment sensiblement la même opinion. Planiol et Ripert, dans leur *Traité pratique de droit civil français* (2<sup>e</sup> éd. 1954), t. VII, au n<sup>o</sup> 1552, p. 1015, font observer ceci:

En réalité cette présomption légale recouvre une règle de fond. Le jugement une fois rendu doit terminer définitivement le procès si les voies de recours ont été en vain exercées ou s'il n'en a pas été fait usage. Il y a une nécessité sociale de premier ordre à ce que les litiges ne recommencent pas indéfiniment sur le même sujet. La stabilité des rapports sociaux exige que les décisions de justice soient respectées au même titre que la loi.

M<sup>e</sup> Charles-Auguste Chauveau, dans sa thèse de doctorat, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1903), explicite l'objet de la chose jugée, au n<sup>o</sup> 1, p. 7:

Sans une autorité suprême et définie, la société dégénère bientôt en anarchie. Sans la présomption de vérité que la loi accorde à une certaine classe de jugements, l'exercice de l'autorité judiciaire deviendrait un mal et occa-

authority would become an evil and lead to uncontrollable disorder; the rich would use the courts as instruments of persecution to continue renewing the same attacks on less well-off opponents, and far from being a source of protection and a refuge for the weak, the law would only aggravate their misery.

Nadeau and Ducharme, *La preuve en matières civiles et commerciales*, in *Traité de Droit civil du Québec*, t. 9, 1965, hold a similar, albeit less dramatic view, at No. 552, p. 447:

[TRANSLATION] But the real basis of the authority of *res judicata* lies much less in this legal presumption of truth than in a consideration of social utility. The purpose of the legislature has been to ensure that proceedings being perpetually started over again would not compromise the security and stability of social relationships, especially in view of the unavoidable fact of possible conflicts in judgments rendered in such multiple trials. The public interest requires that something which, to use the classic phrase, has become *res judicata* can no longer be questioned . . . .

A necessary consequence of the irrefutable presumption of the validity of judgments is that the authority of *res judicata* exists even when there is an error in the judgment. The *Code of Civil Procedure* expressly provides for recourses to correct errors in a judgment (Book III, "Remedies Against Judgments"), which include appeals and the possibility of retraction of the judgment. If these remedies are not exercised, however, the judgment, by virtue of art. 1241 *C.C.L.C.* and the principles which underlie it, must necessarily have the authority of *res judicata*.

There is unanimity on this issue. Laurent, *op. cit.*, discusses the effect of the principle of *res judicata* as regards judicial error, at No. 1, pp. 5-6:

[TRANSLATION] A judge may undoubtedly be mistaken in fact or in law; but the parties are not allowed to prove such errors, as the law denies them a court action . . . Why, despite this possibility of error, and even in a case where authentic documents establish that the judge erred, does the law not allow a case that is *res judicata* to be reopened? The legislature has taken the possibility of error into account: to remedy the evil, it has provided

sionnerait des désordres irrémédiables; les tribunaux seraient des instruments de persécution entre les mains des riches qui pourraient sans cesse renouveler les mêmes attaques contre des adversaires moins fortunés, et, loin d'être une source de protection et un refuge pour les faibles, la loi n'apporterait à ces derniers qu'une aggravation de leurs misères.

Nadeau et Ducharme, dans *La preuve en matières civiles et commerciales*, dans *Traité de Droit civil du Québec*, t. 9, 1965, au n° 552, p. 447, abondent dans le même sens, quoique sur une note moins dramatique:

Mais le fondement réel de l'autorité de la chose jugée réside bien moins dans cette présomption légale de vérité que dans une considération d'utilité sociale. Le législateur a voulu empêcher que des procès perpétuellement recommencés ne viennent compromettre la sécurité et la stabilité des rapports sociaux, compte tenu surtout de ce fait inéluctable de la contrariété possible des jugements dans ces procès multiples. L'intérêt public exige qu'on ne puisse plus remettre en question ce qui, suivant l'expression classique, est passé en force de chose jugée . . .

Une conséquence inéluctable de la présomption irréfragable de validité des jugements est que l'autorité de la chose jugée existe même dans le cas où le jugement est entaché d'erreur. Le *Code de procédure civile* prévoit expressément un certain nombre de voies de recours pour corriger les erreurs qui ont pu se glisser dans un jugement (Livre III, «Moyens de se pourvoir contre les jugements»), dont l'appel et la possibilité de rétractation de jugement. Toutefois, si ces recours ne sont pas exercés, le jugement acquerra forcément, en vertu de l'art. 1241 *C.c.B.-C.* et des principes qui le sous-tendent, l'autorité de la chose jugée.

Il y a unanimité sur cette question. Laurent, *op. cit.*, au n° 1, pp. 5 et 6, étudie l'effet du principe de la chose jugée eu égard à l'erreur judiciaire:

Sans doute, le juge peut se tromper en fait ou en droit; mais les parties ne sont pas admises à prouver ces erreurs, la loi leur dénie l'action en justice [. . .] Pourquoi, malgré cette possibilité d'erreur, et alors même que des documents authentiques prouveraient que le juge s'est trompé, la loi ne permet-elle pas de revenir sur la chose jugée? Le législateur a tenu compte des chances d'erreur; comme remède au mal, il a établi deux

two levels of jurisdiction, and an appellate judge may correct the errors which escaped the trial judge. However, when the remedies provided by law have been exhausted there must be an end to the proceedings; if they could still be re-started on the pretext of error, disputes would continue indefinitely and the world would be one huge legal proceeding.

Chauveau, *op. cit.*, adds the following, at No. 36, p. 33:

[TRANSLATION] What of judgments which are vitiated by intrinsic defects, of law or form, which do not, however, undermine their existence? . . . It is the responsibility of the party concerned to make use of these nullities at the proper time, using one of the remedies provided by law: allowing the matter to be reopened in such circumstances would be to undermine the very foundation of the whole theory on which the presumption of *res judicata* is based.

(See also Planiol and Ripert, *op. cit.*, at No. 1554, p. 1017; Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec* (1908), t. IV, at p. 256; Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative* (3rd ed. 1914), at No. 128, p. 53; and Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 552, p. 447.)

In order for the principle of *res judicata* to apply, however, the strict conditions set out in art. 1241 C.C.L.C. must be met. They are two-fold: conditions pertaining to the judgment itself and conditions pertaining to the action. I shall examine these in turn.

## B) Conditions

### 1. Conditions Pertaining to the Judgment

As far as the judgment is concerned, to constitute *res judicata*, it must conform to the following criteria, developed by both doctrine and jurisprudence: the court must have jurisdiction over the matter, the judgment must be definitive, and it must have been rendered in a contentious matter.

degrés de juridiction: le juge d'appel peut redresser les erreurs qui sont échappées au premier juge. Mais quand les recours que la loi organise sont épuisés, il faut que les procès aient une fin; si l'on pouvait toujours les renouveler sous prétexte d'erreur, les contestations se perpétueraient et le monde ne serait qu'un immense procès.

Chauveau, *op. cit.*, ajoute ce qui suit, au n° 36, p. 33:

Que dire des jugements qui sont entachés de vices intrinsèques, de droit ou de forme, qui cependant n'en mettent pas l'existence en doute? [. . .] C'est à la partie intéressée à se prévaloir de ces nullités en temps opportun, au moyen d'un des recours que la loi lui donne: ce serait saper en sa base toute la théorie sur laquelle est fondée la présomption de la chose jugée que de permettre la réouverture du débat dans ces circonstances.

(Voir aussi Planiol et Ripert, *op. cit.*, au n° 1554, p. 1017; Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec* (1908), t. IV, à la p. 256; Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative* (3<sup>e</sup> éd. 1914), au n° 128, p. 53; et Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 552, p. 447.)

Pour que s'applique le principe de la chose jugée, cependant, il faut que soient remplies les conditions strictes énoncées à l'art. 1241 C.c.B.-C. Ces conditions sont doubles: d'une part, les conditions relatives au jugement proprement dit et, d'autre part, les conditions relatives à l'action. Je vais les examiner à tour de rôle.

## B) Conditions

### 1. Conditions relatives au jugement

Pour que le jugement constitue chose jugée, il doit être conforme aux critères suivants dégagés tant par la doctrine que par la jurisprudence: le tribunal doit avoir compétence, le jugement doit être définitif et il doit avoir été rendu en matière contentieuse.

(i) *Jurisdiction*

Regarding jurisdiction, Planiol and Ripert, *op. cit.*, at No. 1554, pp. 1017-18, observe that, in France:

[TRANSLATION] It [*res judicata*] is applied only to judgments . . . rendered by French courts in civil or criminal matters, or to judgments between opposing parties rendered by foreign courts as soon as they are declared executory by a French court, or to arbitral awards, if according to precedent they have obtained an *exequatur* order. [References omitted.]

Langelier, *op. cit.*, at p. 256, notes that the same rule applies in Quebec:

[TRANSLATION] What are the judgments that can have the authority of *res judicata*? They are exclusively judgments rendered by the courts of this province: those of foreign courts have no validity here.

According to Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 557, pp. 452-53:

[TRANSLATION] Judgments that may have the force of *res judicata* must be those of courts of law forming part of our judicial system, whether exercising their jurisdiction at first instance or on appeal, both in the Court of Queen's Bench and in the Supreme Court of Canada. These courts may belong to the various levels of civil jurisdiction. Thus, a judgment rendered by the Magistrate's Court in a case involving damages has the authority of *res judicata* between the parties on the question of liability. [References omitted.]

(See also Professor Jean-Claude Royer, *La preuve civile* (1987), at No. 751, p. 277; and Professor Ducharme, *Précis de la preuve* (3rd ed. 1986), at No. 220, p. 106.)

The case law, as appears from *Tremblay v. D'Amours*, [1972] C.S. 144, is to the same effect. Lesage J., at pp. 144-45, notes:

[TRANSLATION] Whereas *res judicata* is based on a principle of public order designed to prevent contradictory decisions by the courts on a disputed point between the same parties, and it is in no way significant whether the judgment which has the authority of *res judicata* was

(i) *Compétence*

Au sujet de la compétence, Planiol et Ripert, *op. cit.*, au n° 1554, pp. 1017 et 1018, font observer qu'en France:

Elle [l'autorité de la chose jugée] n'est attachée qu'aux jugements [. . .] rendus par des tribunaux français en matière civile ou en matière répressive, ou aux jugements de juridiction contentieuse rendus par des tribunaux étrangers à partir du moment où ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, ou aux sentences arbitrales, si elles ont, d'après la jurisprudence, obtenu l'ordonnance d'*exequatur*. [Références omises.]

Langelier, *op. cit.*, à la p. 256, souligne que la même règle s'applique au Québec:

Quels sont les jugements qui peuvent avoir l'autorité de la chose jugée? Ce sont exclusivement les jugements rendus par les tribunaux de cette province; ceux des tribunaux étrangers n'ont aucune valeur chez nous.

Selon Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 557, pp. 452 et 453:

Les jugements susceptibles de passer en force de chose jugée doivent être ceux des cours de justice formant partie de notre organisation judiciaire, qu'il s'agisse de tribunaux exerçant leur juridiction en première instance ou en appel, tant à la Cour du banc de la reine qu'à la Cour suprême du Canada. Ces tribunaux peuvent appartenir aux différents degrés de la juridiction civile. Ainsi, un jugement rendu par la Cour de magistrat, dans une instance en dommages-intérêts, a l'autorité de la chose jugée entre les parties sur la question de la responsabilité. [Références omises.]

(Voir également le professeur Jean-Claude Royer, *La preuve civile* (1987), au n° 751, p. 277; et le professeur Ducharme, *Précis de la preuve* (3<sup>e</sup> éd. 1986), au n° 220, p. 106.)

La jurisprudence, tel qu'il appert de l'affaire *Tremblay v. D'Amours*, [1972] C.S. 144, va dans le même sens. Le juge Lesage y souligne, aux pp. 144 et 145:

Considérant que l'autorité de la chose jugée se fonde sur un principe d'ordre public qui tend à écarter la contradiction des décisions judiciaires sur une question litigieuse entre les mêmes parties, et il n'importe nullement que le jugement sur lequel porte la chose jugée ait

rendered by the Provincial Court or by the Superior Court . . . .

(See Royer, *op. cit.*, at No. 756, pp. 278-79, for his remarks that, in limited circumstances, arts. 179 and 180 *C.C.P.* allow the authority of *res judicata* to operate when judgment is rendered "in any other province of Canada".)

Regarding the effect of decisions rendered in criminal matters, Professor Ducharme, *op. cit.*, at No. 221, p. 106, notes:

[TRANSLATION] It is now well established in law that judgments rendered by a court having criminal jurisdiction do not have the authority of *res judicata* in civil matters. [References omitted.]

To constitute *res judicata*, then, the judgment must have been rendered by a Quebec court of competent civil jurisdiction, as that notion has developed in civil law. The hierarchy of the court which renders the decision is irrelevant.

(ii) A "Definitive" Judgment

The judgment must also be "definitive".

Pothier, *op. cit.*, at No. 850, p. 452, sets forth this requirement:

[TRANSLATION] For a judgment to have the authority of *res judicata*, and even for it to be known as a judgment, it must be a definitive judgment containing either an order or a dismissal of the action.

The nature of a definitive judgment is also discussed by Mignault, *Le droit civil canadien* (1902), t. 6, at pp. 101-2:

[TRANSLATION] *Judgments Having Authority of Res Judicata.*

(2) Definitive judgments, and by this is not necessarily meant a final judgment, to the exclusion of any interlocutory judgment. Certain interlocutory judgments rule on the rights of the parties and decide the merits

été rendu par la Cour provinciale ou par la Cour supérieure . . .

(Voir Royer, *op. cit.*, au n° 756, pp. 278 et 279, pour son observation selon laquelle, dans certaines circonstances précises, les art. 179 et 180 *C.p.c.* permettent au principe de l'autorité de la chose jugée de s'appliquer lorsque le jugement est rendu «dans une autre province du Canada».)

En ce qui concerne l'effet des décisions rendues en matière criminelle, le professeur Ducharme, *op. cit.*, note au n° 221, p. 106:

Il est maintenant bien établi en jurisprudence que les jugements rendus par un tribunal ayant juridiction au criminel ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée au civil. [Références omises.]

Pour qu'il constitue chose jugée, le jugement doit donc avoir été rendu par un tribunal de juridiction civile du Québec ayant compétence, au sens que le droit civil donne à cette notion. Le niveau hiérarchique du tribunal qui rend la décision n'importe pas.

(ii) Un jugement «définitif»

Il faut aussi que le jugement soit «définitif».

Pothier, *op. cit.*, formule cette exigence dans les termes suivants, au n° 850, p. 452:

Pour qu'un jugement ait l'autorité de *chose jugée*, et même pour qu'il puisse en avoir le nom, il faut que ce soit un jugement définitif qui contienne, ou une condamnation, ou un congé de demande [En italique dans l'original.]

Mignault examine également ce qu'il faut entendre par jugement définitif dans *Le droit civil canadien* (1902), t. 6, aux pp. 101 et 102:

*Des jugements auxquels s'attache l'autorité de la chose jugée.*

2° Les jugements définitifs, et par ce terme il ne faut pas nécessairement entendre le jugement final, à l'exclusion de tout jugement interlocutoire. En effet, certains jugements interlocutoires prononcent sur les droits des

beforehand, and it is these very judgments which can be appealed without awaiting the final judgment . . . .

Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, add, at No. 560, p. 456:

[TRANSLATION] They [definitive judgments] decide the issue joined, in whole or in part, by ruling in favour of one or other of the parties. [References omitted.]

(See also Ducharme, *op. cit.*, at No. 227, p. 109; Royer, *op. cit.*, at Nos. 770-75, pp. 283-85.)

Even *ex parte* and default judgments can be "definitive", since they arrive at a conclusion and decide the case. Nadeau, in "L'autorité de la chose jugée" (1963), 9 *McGill L.J.* 102, sets out this proposition at p. 107:

[TRANSLATION] They [definitive judgments] may have been rendered after argument and counter-argument or even by default, provided the opposing party has been served . . . .

Royer, *op. cit.*, asserts, at No. 770, p. 284:

[TRANSLATION] It [a definitive judgment] may also be rendered by default where the party has failed to appear or make submissions, if the defendant has been duly served.

(See also Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 560, pp. 455-56; Chauveau, *op. cit.*, at No. 49, p. 42.)

I would also refer to the decision of the Quebec Court of Appeal in *Markel Insurance Co. of Canada v. Travelers du Canada*, [1986] R.D.J. 516. At page 519, the court says:

[TRANSLATION] Whereas in applying the rules of *res judicata*, even a judgment rendered by default or *ex parte* has the same definitive effect as if it had been rendered following argument and counter-argument;

(See also the cases cited by Royer, *op. cit.*, at pp. 284-85, and his corresponding notes 65-76.)

parties et préjugent le fond, et précisément ces jugements peuvent être portés en appel sans attendre le jugement final . . .

Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, ajoutent au n° 560, p. 456:

Ils [les jugements définitifs] décident la contestation engagée, en tout ou en partie, en donnant gain de cause à l'une ou à l'autre des parties. [Références omises.]

(Voir aussi Ducharme, *op. cit.*, au n° 227, p. 109; Royer, *op. cit.*, aux nos 770 à 775, pp. 283 à 285.)

Même les jugements *ex parte* et par défaut peuvent être «définitifs» puisqu'ils arrivent à une conclusion et règlent l'affaire. Nadeau, dans «L'autorité de la chose jugée» (1963), 9 *R.D. McGill* 102, formule la proposition suivante, à la p. 107:

Ils [les jugements définitifs] peuvent avoir été rendus après contestation ou même par défaut, mais à la condition d'une assignation de la partie adverse . . .

Royer, *op. cit.*, affirme pour sa part, au n° 770, p. 284:

Il [le jugement définitif] peut aussi être rendu par défaut de comparaître ou de plaider, si le défendeur a été régulièrement assigné.

(Voir également Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 560, pp. 455 et 456; Chauveau, *op. cit.*, au n° 49, p. 42.)

Je citerai aussi l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, *Markel Insurance Co. of Canada c. Travelers du Canada*, [1986] R.D.J. 516. La cour affirme, à la p. 519:

Considérant en effet, que même rendu par défaut ou *ex parte*, pour l'application des règles de la chose jugée, le jugement a même effet définitif que s'il avait été rendu contradictoirement;

(Voir également la jurisprudence citée par Royer, *op. cit.*, aux pp. 284 et 285, ainsi que les notes correspondantes 65 à 76.)

(iii) *Contentious Matters*

Finally, to acquire the authority of *res judicata*, the judgment must be rendered in a contentious matter.

The notion that the authority of *res judicata* applies only in contentious matters has been discussed by Aubry and Rau, *op. cit.*, at p. 320, in these terms:

[TRANSLATION] But only decisions rendered in *contentious matters* have the authority of *res judicata*. [Emphasis in original.]

(See also Planiol and Ripert, *op. cit.*, at No. 1554, p. 1017.)

Mignault, *op. cit.*, at pp. 101-2, sets out the same requirement in the Quebec context:

[TRANSLATION] *Judgments Having Authority of Res Judicata*.

. . . .

(1) Judgments in contentious matters. This is not the case with judgments in amicable matters, which are deeds rather than judgments. [References omitted.]

Ducharme, *op. cit.*, discusses the term "contentious", at No. 226, p. 109:

[TRANSLATION] A judgment in a contentious matter is one in which a judge decides a point disputed by two or more opponents.

(See also Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 559, p. 455.)

In summary, then, a definitive judgment rendered by a court of competent jurisdiction in contentious matters will acquire the authority of *res judicata*, provided that the "three identities" set out in art. 1241 *C.C.L.C.* are respected. I will now examine these conditions more fully.

## 2. Conditions Pertaining to Identity

The question of *res judicata* usually arises in the context of either a defence to another action or a preliminary motion such as *lis pendens*. In the present instance, however, there is only one action and the question to decide is whether the judgment rendered

(iii) *Matière contentieuse*

Enfin, pour acquérir l'autorité de la chose jugée, le jugement doit être rendu en matière contentieuse.

L'idée que l'autorité de la chose jugée ne s'applique qu'en matière contentieuse a été analysée en ces termes par Aubry et Rau, *op. cit.*, à la p. 320:

Mais seules ont autorité de chose jugée les décisions rendues en *matière contentieuse*. [En italique dans l'original.]

(Voir également Planiol et Ripert, *op. cit.*, au n° 1554, p. 1017.)

Mignault, *op. cit.*, aux pp. 101 et 102, formule la même exigence dans le contexte du Québec:

*Des jugements auxquels s'attache l'autorité de la chose jugée.*

. . . .

1° Les jugements qui émanent de la juridiction contentieuse. Il en est autrement des jugements qui relèvent de la juridiction gracieuse, lesquels sont plutôt des actes des jugements. [Références omises.]

Ducharme, *op. cit.*, étudie le terme «contentieuse», au n° 226, p. 109:

Un jugement en matière contentieuse est celui par lequel un magistrat tranche un point contesté entre deux ou plusieurs adversaires.

(Voir aussi Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 559, p. 455.)

En résumé donc, le jugement définitif rendu en matière contentieuse par un tribunal compétent acquerra l'autorité de la chose jugée, pourvu que soient respectées les «trois identités» énumérées à l'art. 1241 *C.c.B.-C.* Je vais maintenant examiner ces conditions plus spécifiquement.

## 2. Conditions relatives à l'identité

La question de la chose jugée est habituellement soulevée dans le cadre d'une défense à une autre action ou d'un moyen préliminaire, comme la litispendance. Dans la présente instance toutefois, il n'y a qu'une seule action et il s'agit de savoir si le juge-

in favour of the Caisse, as regards the immoveable property here in debate, has acquired the authority of *res judicata vis-à-vis* subsequent purchasers of the same property. The principles, however, are the same in all such situations.

The triple identity to which art. 1241 *C.C.L.C.* refers, the identity of parties, object, and cause, has been the subject of much doctrine and jurisprudence, which I will now discuss.

(i) *Identity of Parties*

The text of art. 1241 *C.C.L.C.* is explicit: the presumption of *res judicata* applies only when the demand "is between the same parties acting in the same qualities", upon which Pothier, *op. cit.*, at No. 899, p. 476, elaborates as follows:

[TRANSLATION] *Res judicata* applies only to the parties in respect of whom the judgment was rendered: it confers no right either on third parties or on foreign third parties.

Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 571, p. 470, extrapolate:

[TRANSLATION] *Res judicata* is relative and applies only to persons who were parties to the first suit, and so were heard, or had an opportunity of being heard, on the right at issue.

It does not apply to third parties who may exercise the third party opposition to judgment . . . if their interests are affected by the judgment rendered in a case in which neither they nor those representing them were involved. [References omitted.]

Those who are not parties to a judgment are therefore not bound by it. In *Irony v. Rosenberg*, [1974] C.A. 515, the respondent attempted to set aside a judgment on an action in giving in payment, rendered against his debtor, by lodging a third-party opposition. Bernier J.A. analyzes the effect of *res judicata* with regard to third parties, at p. 516:

[TRANSLATION] The legal position on third party opposition is quite different [from recourses available to the parties in the action on the giving in payment clause]. This remedy is available to third parties against judgments which prejudice their rights. The *res judicata*

ment rendu en faveur de la Caisse, à l'égard du bien immobilier ici en cause, a acquis l'autorité de la chose jugée vis-à-vis des acheteurs subséquents de ce bien. Ce sont les mêmes principes, toutefois, qui s'appliquent dans tous les cas.

La triple identité à laquelle renvoie l'art. 1241 *C.c.B.-C.*, soit l'identité de parties, d'objet et de cause, a fait l'objet d'une abondante analyse doctrinale et jurisprudentielle que je vais maintenant examiner.

(i) *Identité de parties*

Le texte de l'art. 1241 *C.c.B.-C.* est explicite: la présomption de chose jugée ne s'applique que si la demande «est entre les mêmes parties agissant dans les mêmes qualités», règle que Pothier, *op. cit.*, au n° 899, p. 476, commente ainsi:

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties entre lesquelles le jugement a été rendu: elle ne donne aucun droit, ni à des tiers, ni contre des tiers étrangers.

Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 571, p. 470, explicitent cette règle:

L'autorité de la chose jugée est relative et ne s'applique qu'aux personnes qui ont été parties au premier litige et, de la sorte, ont été entendues, ou ont eu la possibilité de l'être, sur le droit en discussion.

Elle ne s'applique pas aux tiers qui peuvent se prévaloir de la tierce opposition à jugement [. . .] si leurs intérêts sont affectés par le jugement rendu dans une cause où ni eux ni ceux qui les représentaient n'ont été appelés. [Références omises.]

Ceux qui ne sont pas parties au jugement ne sont donc pas liés par lui. Dans l'affaire *Irony v. Rosenberg*, [1974] C.A. 515, l'intimée tentait, par une tierce-opposition, de faire annuler le jugement rendu sur une action en dation en paiement contre son débiteur. Le juge Bernier analyse, à la p. 516, l'effet de la chose jugée à l'égard des tiers:

La situation juridique sur la tierce-opposition est toute différente [des recours ouverts aux parties à l'action relative à la clause de dation en paiement]. Ce recours est ouvert aux tiers contre les jugements qui leur sont préjudiciables. La présomption de l'autorité de la chose



presumption is not involved since the applicant was neither a party nor represented in the suit; the judgment so obtained cannot be set up against him if it affects his rights, as with regard to him it is *res inter alios acta*.

That is why the third party objector's remedy is not subject to any time limit or formality regarding receipt.

Even though third parties can attack such a judgment, they must however, do this in a direct manner, not through a collateral attack in other proceedings. This is the subject of the recent decision of *Van Finance Ltd. v. Sogelong Inc.*, [1989] R.D.J. 233 (C.A.), where a judgment on an action in giving in payment had granted ownership of an immoveable property to one Sogelong Inc. Although the appellant third party did not oppose the judgment, in a later action against Sogelong Inc. it asked to be declared the owner of that same property. This would indirectly have had the effect of setting aside the judgment rendered on the action in giving in payment. Tyndale J.A. comments, at p. 236:

Although the judgment of 1 February 1980 may not be, strictly speaking, "chose jugée" as against Appellant, because it was not a party, it nevertheless represents a total obstacle to Appellant's action as a judgment which retains its full force and effect unless and until set aside; it cannot be successfully attacked collaterally nor deprived of its effect in other proceedings even though its validity be there impugned.

In *Wilson v. R.* (1983), 2 S.C.R. 594, the principle is expressed in these terms:

"It has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally—and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment. . . ."

This is not to say that the parties must be physically identical in both cases. It is the juridical identity of the parties that is required for the presumption of

jugée n'est pas en cause puisque le requérant n'a été ni partie ni représenté à l'instance; le jugement ainsi obtenu ne lui est pas opposable s'il affecte ses droits, étant pour lui *res inter alios acta*.

C'est pourquoi le recours du tiers-opposant n'est limité par aucun délai de déchéance ni soumis à la formalité de la réception.

Même si les tierces parties peuvent attaquer un tel jugement, elles doivent, toutefois, le faire de manière directe et non par le biais d'une attaque indirecte dans le cadre d'une autre procédure. C'est l'objet du récent arrêt de la Cour d'appel du Québec *Van Finance Ltd. c. Sogelong Inc.*, [1989] R.D.J. 233 (C.A.), où un jugement sur une action en dation en paiement avait conféré la propriété d'un immeuble à Sogelong Inc. Bien que la tierce partie appelante n'ait pas fait opposition au jugement, elle a, par la suite, intenté une action contre Sogelong Inc. pour se faire déclarer propriétaire de ce bien. La conclusion recherchée aurait eu indirectement pour effet d'annuler le jugement rendu sur l'action en dation en paiement. Le juge Tyndale déclare, à la p. 236:

[TRADUCTION] Bien que le jugement du 1<sup>er</sup> février 1980 ne puisse, à proprement parler, être qualifié de chose jugée à l'égard de l'appelante parce qu'elle n'y était pas partie, il n'en représente pas moins un obstacle absolu à l'action intentée par elle puisqu'il conserve toute sa force et son effet tant qu'il n'est pas infirmé. Le jugement ne saurait être attaqué indirectement avec succès ni privé d'effet dans d'autres procédures, même si sa validité y était contestée.

Ce principe est ainsi formulé dans l'arrêt *Wilson c. R.* (1983), 2 R.C.S. 594:

«Selon un principe fondamental établi depuis longtemps, une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement. . .»

Cela ne signifie pas que les parties doivent être physiquement identiques dans les deux cas. C'est l'identité juridique des parties qui est exigée pour

*res judicata* to apply, as Mignault, *op. cit.*, contends, at p. 110:

[TRANSLATION] And by identity of persons must be understood *legal* identity, not *physical* identity. [Emphasis in original.]

Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 573, p. 472, emphasize this distinction:

[TRANSLATION] For *res judicata* there must be legal identity of the parties, not mere physical identity. The one may exist without the other. There is legal identity whenever one person represents another or is represented by him. [References omitted.]

(See also Langelier, *op. cit.*, at p. 259; Royer, *op. cit.*, at No. 784, p. 290.)

The same position holds true in jurisprudence. It is perhaps best set out by Bisson J.A. (now Chief Justice) in *Buchanan v. Commission des accidents du travail*, [1981] C.A. 325, at p. 327:

[TRANSLATION] The capacity spoken of in art. 1241 C.C.[L.C.] is legal capacity, as opposed to physical identity. For example, the same physical person may have acted in his personal capacity in a case and the legal solution to that case will not have the authority of *res judicata* in an identical case in which the person acts in some other legal capacity, for example as a trustee, curator and so on.

Juridical identity can arise by the mechanism of representation. Aubry and Rau, *op. cit.*, discuss this notion at p. 337:

[TRANSLATION] For the condition of the parties to be legally the same, they must first have personally been involved in the first suit or at least have been represented by those who were involved, and second, they must proceed in the new suit in the same capacity as in the first. [Emphasis added; references omitted.]

There are several ways in which representation of parties, amounting to juridical identity, may occur. First, it is well recognized that universal successors and successors by general title represent their predecessors. As Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, assert, at No. 573, p. 473:

l'application de la présomption de chose jugée, comme l'explique Mignault, *op. cit.*, à la p. 110:

Et par identité des personnes, il faut entendre l'identité *juridique* et non pas l'identité *physique*. [En italique dans l'original.]

Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 573, p. 472, insistent sur cette distinction:

Pour la chose jugée, il faut l'identité juridique des parties et non leur simple identité physique. L'une peut exister sans l'autre. Il y a identité juridique chaque fois qu'une personne représente une autre personne ou est représentée par elle. [Références omises.]

(Voir également Langelier, *op. cit.*, à la p. 259; Royer, *op. cit.*, au n° 784, p. 290.)

La jurisprudence a adopté la même position. Le juge Bisson (maintenant Juge en chef) l'a peut-être le mieux exprimée dans l'arrêt *Buchanan c. Commission des accidents du travail*, [1981] C.A. 325, à la p. 327:

La qualité dont parle l'art. 1241 C.C.[B.-C.] est la qualité juridique par opposition à une identité physique. Par exemple, une même personne physique peut avoir agi dans un litige à titre personnel et la solution judiciaire de ce litige ne constituera pas autorité de la chose jugée dans un litige identique où la personne agit en une autre qualité juridique comme par exemple à titre de fiduciaire, de curateur, etc.

Il peut y avoir identité juridique grâce au mécanisme de la représentation. Aubry et Rau, *op. cit.*, examinent cette notion à la p. 337:

Pour que la condition des parties soit juridiquement la même, il faut, d'une part, qu'elles aient personnellement figuré dans la première instance ou du moins qu'elles aient été représentées par ceux qui ont figuré et, d'autre part, qu'elles procèdent dans la nouvelle instance en la même qualité que dans la première. [Je souligne; références omises.]

La représentation de parties, équivalant à l'identité juridique, peut prendre différentes formes. En premier lieu, il est bien établi que les successeurs universels et à titre universel représentent leurs auteurs. Comme Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, l'affirment au n° 573, p. 473:

[TRANSLATION] In general *res judicata* may be invoked by or against any universal successors and successors by general title, heirs, legatees or beneficiaries with respect to judgments rendered in cases in which their principals were involved. [References omitted.]

Second, there is no doubt that a successor by particular title is deemed to represent his or her predecessor, in so far that all judgments rendered against the latter, before the successor obtained title, are opposable to the successor as *res judicata*. This is the position of Chauveau, *op. cit.*, at No. 104, pp. 95-96:

[TRANSLATION] Successors by particular title, and under this heading we can group legatees, donees or purchasers by onerous title, are not bound to perform all the obligations of their principal. They succeed to the latter's rights over the item bequeathed, given or purchased, but with all the limitations that may be implicit in their principal's ownership and may make it more or less perfect. Judgments rendered before the purchase deed, and recognizing against the principal a right, privilege or servitude benefiting a third party, have the force of *res judicata* in respect of the beneficiary. [Emphasis added.]

Royer, *op. cit.*, comments, at No. 785, p. 290:

[TRANSLATION] Like contracts, judgments produce effects on heirs and legal representatives. A judgment rendered for or against a principal has the force of *res judicata* with respect to his universal beneficiary or beneficiary by general title. A beneficiary by particular title is also bound by a decision made before his right was acquired. [References omitted.]

Pothier, *op. cit.*, at No. 902, pp. 476-77, gives the following example:

[TRANSLATION] ... when you have given the action to claim a certain inheritance against Pierre, the judgment which dismissed your action against Pierre will give the person who bought that inheritance from Pierre the *res judicata* exception against the action to claim the inheritance, if you renew it against the purchaser, because in this respect he is deemed to be the same party as Pierre, whom he succeeded.

Representation can also arise between debtor and chirographic creditor, as discussed by Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 573, pp. 473-74:

D'une manière générale, la chose jugée peut être invoquée par ou contre tous successeurs universels, ou à titre universel, héritiers, légataires ou ayants cause, à l'égard des jugements rendus dans des causes dans lesquelles y figuraient leurs auteurs. [Références omises.]

En second lieu, il ne fait aucun doute que le successeur à titre particulier est réputé représenter son auteur, dans la mesure où tous les jugements rendus contre ce dernier, avant l'acquisition de son titre, lui sont opposables en tant que chose jugée. C'est la position qu'adopte Chauveau, *op. cit.*, au n° 104, pp. 95 et 96:

Les successeurs à titre particulier, et nous pouvons sous ce nom assimiler les légataires, donataires ou acquéreurs à titre onéreux, ne sont pas tenus à toutes les obligations de leur auteur. Ils succèdent aux droits de ce dernier sur l'objet légué, donné ou acheté, avec cependant toutes les restrictions qui pouvaient entraver la propriété de leur auteur et la rendre plus ou moins parfaite. Les jugements rendus avant l'acte d'acquisition, et reconnaissant, à l'encontre de l'auteur, un droit, un privilège ou une servitude au profit d'un tiers, ont force de chose jugée à l'égard de l'ayant cause. [Je souligne.]

Royer, *op. cit.*, fait observer, au n° 785, p. 290:

Les jugements, comme les contrats, produisent des effets à l'égard des héritiers et des représentants légaux. Le jugement rendu en faveur ou contre un auteur a l'autorité de la chose jugée vis-à-vis son ayant cause universel ou à titre universel. L'ayant cause à titre particulier est aussi lié par une décision rendue avant l'acquisition de son droit. [Références omises.]

Pothier, *op. cit.*, au n° 902, pp. 476 et 477, donne l'exemple suivant:

... quand vous avez donné la demande en revendication d'un certain héritage contre Pierre, le jugement qui a donné à Pierre congé de votre demande, donnera à celui qui a acheté cet héritage de Pierre, l'exception *rei judicatae* contre la demande en revendication de cet héritage, si vous la renouvelez contre cet acheteur, parce que, à cet égard, il est censé la même partie que Pierre à qui il a succédé.

La représentation peut également naître entre débiteur et créancier chirographaire, suivant l'analyse de Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 573, pp. 473 et 474:

[TRANSLATION] There is legal identity by representation between:

... a debtor and his chirographic creditors, unless the point at issue is whether the creditor has a privilege which he can exercise against other creditors. [References omitted.]

(See also Chauveau, *op. cit.*, at No. 93, p. 86.) One should note here that such representation does not arise between a debtor and his or her hypothecary creditors. (See Aubry and Rau, *op. cit.*, at pp. 340-41; Chauveau, *op. cit.*, at No. 95, pp. 87-89; and Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 573, p. 475.)

The examples of representation by one party of another are too numerous to list or discuss here. Aubry and Rau, *op. cit.*, at pp. 335-56, review them in detail and even such review is not necessarily exhaustive. Representation may depend on the facts of the particular case and the interests of the parties involved. Suffice it to say that, for the identity of parties in so far as it relates to *res judicata*, juridical identity is all that is required.

(ii) *Identity of Object*

What constitutes identity of object has been discussed both in France and in Quebec. Gérard Cornu and Jean Foyer, in *Procédure civile* (1958), at p. 410, define it as follows:

[TRANSLATION] An object may therefore be new either because an identical right is claimed over a different thing or because a different right is claimed over the same thing.

Mignault, *op. cit.*, at p. 105, offers the following illustration:

[TRANSLATION] But what is the object of an action at law? Clearly it is the immediate legal benefit sought in bringing it, namely the right whose implementation is desired. Thus, A claims house C from B. The object of the claim is that A should be declared owner of the house. If this claim is rejected, A can no longer claim house C from B, but this judgment will not prevent him from claiming house D from the defendant. Similarly, A can claim the usufruct of house C from B, despite the

Il y a identité juridique, par voie de représentation, entre:

... un débiteur et ses créanciers chirographaires, sauf si le point en litige est de savoir si le créancier a un privilège qu'il peut exercer à l'encontre des autres créanciers. [Références omises.]

(Voir aussi Chauveau, *op. cit.*, au n° 93, p. 86.) Notons ici que cette représentation n'a pas lieu entre un débiteur et ses créanciers hypothécaires. (Voir Aubry et Rau, *op. cit.*, aux pp. 340 et 341, Chauveau, *op. cit.*, au n° 95, pp. 87 à 89, ainsi que Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 573, p. 475.)

Les exemples de représentation d'une partie par une autre sont trop nombreux pour être énumérés ou analysés ici. Aubry et Rau, *op. cit.*, aux pp. 335 à 356, les examinent en détail mais, même là, cet examen n'est pas nécessairement exhaustif. La représentation peut dépendre des faits de l'espèce et des intérêts des parties en cause. Qu'il suffise de dire que, en matière d'identité des parties aux fins de la chose jugée, l'identité juridique est tout ce qui est requis.

(ii) *Identité d'objet*

La nature de l'identité d'objet a été étudiée tant en France qu'au Québec. Gérard Cornu et Jean Foyer la définissent comme suit dans *Procédure civile* (1958), à la p. 410:

Un objet peut donc être nouveau soit parce qu'on demande un droit identique sur une chose différente, soit parce qu'on demande un droit différent sur une même chose.

Mignault, *op. cit.*, à la p. 105, en donne l'illustration suivante:

Mais qu'est-ce que l'objet d'une demande en justice? C'est évidemment le bénéfice juridique immédiat qu'on recherche en la formant, soit le droit dont on poursuit l'exécution. Ainsi A revendique contre B la maison C. L'objet de la demande, c'est que A soit déclaré propriétaire de cette maison. Si cette demande est repoussée, A ne pourra plus revendiquer la maison C contre B, mais ce jugement ne l'empêchera pas de revendiquer, contre le défendeur, la maison D. De même, A pourra réclamer

dismissal of his action to claim ownership, because the object of the two actions is not the same.

According to Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 577, p. 478:

[TRANSLATION] The object in an action is the right which the litigant is exercising; it is the immediate legal benefit he seeks to have the court recognize.

(See also Chauveau, *op. cit.*, at No. 135, p. 130; and Royer, *op. cit.*, at No. 794, p. 293.)

To determine, then, what is the "object" of an action, it is necessary to look both at the nature of the right sought and at the remedy or the purpose for which it is sought. This is not to say that there must be an identical remedy sought or object pursued. Mignault, *op. cit.*, explains at p. 105:

[TRANSLATION] . . . to complete the rule it must be said that it is not necessary for the two actions to seek precisely the same order: there will be *res judicata* once the object of the second action is implicitly included in the object of the first.

Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 577, p. 479, express a similar view:

[TRANSLATION] It is therefore not necessary for the two actions to seek identical orders: it will suffice if the object of the second action is implicitly included in the object of the first. . . . [References omitted.]

(See also Royer, *op. cit.*, at No. 795, pp. 294-95.)

This position also finds support in jurisprudence. The leading case on the identity of object is *Pesant v. Langevin* (1926), 41 Que. K.B. 412, where Rivard J.A. states, at p. 421:

[TRANSLATION] The object of an action is the benefit to be obtained in bringing it. Material identity, that is identity of the same physical thing, is not necessarily required. This perhaps forces the meaning of "object" somewhat, but an abstract identity of right is taken to be sufficient. "This identity of right exists not only when it is exactly the same right that is claimed over the same thing or over one of its parts, but also when the right which is the subject of the new action or the new exception, though not absolutely identical to that which was

contre B l'usufruit de cette maison C, malgré le rejet de sa demande en revendiquant la propriété, car l'objet des deux actions n'est pas le même.

Selon Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 577, p. 478:

L'objet, dans une action, c'est le droit que le plaideur exerce; c'est le bénéfice juridique immédiat qu'il veut faire reconnaître par le tribunal.

(Voir également Chauveau, *op. cit.*, au n° 135, p. 130, et Royer, *op. cit.*, au n° 794, p. 293.)

Pour déterminer, donc, l'«objet» d'une action, il y a lieu d'examiner à la fois la nature du droit dont l'exécution est poursuivie et le redressement ou le but recherché. Cela ne signifie pas qu'il doit y avoir identité du redressement recherché ou du but poursuivi. Mignault, *op. cit.*, explique, à la p. 105:

. . . il importe de compléter la règle en disant qu'il n'est pas nécessaire que les deux demandes concluent identiquement à la même condamnation, mais qu'il y aura chose jugée dès que l'objet de la seconde action se trouve implicitement compris dans l'objet de la première.

Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 577, p. 479, expriment un avis semblable:

Il n'est donc pas nécessaire que les deux demandes concluent à des condamnations identiques; il suffit que l'objet de la seconde action soit implicitement compris dans l'objet de la première . . . [Références omises.]

(Voir aussi Royer, *op. cit.*, au n° 795, pp. 294 et 295.)

Cette position trouve également appui dans la jurisprudence. L'arrêt de principe sur la question de l'identité d'objet est *Pesant v. Langevin* (1926), 41 B.R. 412, où le juge Rivard dit, à la p. 421:

L'objet d'une demande, c'est le bénéfice que l'on se propose d'obtenir en la formulant. L'identité matérielle, c'est-à-dire l'identité d'une même chose corporelle, n'est pas nécessairement exigée. Peut-être force-t-on un peu le sens du mot «objet», mais on admet comme suffisante une identité abstraite de droit. «Cette identité de droit existe non seulement lorsque c'est exactement le même droit qui est réclamé sur la même chose ou sur quelqu'une de ses parties, mais encore lorsque le droit qui fait le sujet de la nouvelle demande ou de la nou-

the subject of the first judgment, nevertheless forms a necessary part of it, is essentially included in it, as by being a subdivision or a necessary sequel or consequence". In other words, if two objects are so related that the two arguments carried on about them raise the same question regarding performance of the same obligation between the same parties, there is *res judicata*. [References omitted.]

This definition has been adopted in *Buchanan*, *supra*, at p. 328. (See also Royer, *op. cit.*, at note 122, p. 293.)

A logical extension is that if the second action claims something which is similar or is a necessary consequence of the first action, then there is identity of object. Pothier, *op. cit.*, at No. 892, p. 471, offers the following example:

[TRANSLATION] . . . if I have succumbed in the action for a principal sum, I should not be entitled to claim interest on that sum, as such interest cannot be owed to me if the principal sum is not owed to me.

In order, therefore, to decide whether there is identity of object, the substance of the claim must be examined, not only its form.

### (iii) Identity of Cause

Authors have tackled this difficult question in diverse ways and have arrived at a variety of definitions of "cause". This Court, in both in *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554, and *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578, analyzed the notion of "cause", albeit in the context of the expression "the whole cause of action" (emphasis added), as required by art. 68(2) *C.C.P.*, which does not arise in the present case. Recently, my colleague Gonthier J. has canvassed the authorities concerning the question of "cause" extensively, in *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440. Although his analysis arises in the context of a motion for *lis pendens*, as he states the requirements are the same in both instances: to conclude that there is either *lis pendens* or *res judicata*, there must be identity of parties, object, and cause.

velle exception, sans être absolument identique à celui qui a fait l'objet du premier jugement, en forme néanmoins une partie nécessaire, y est virtuellement compris, comme en étant un démembrement, une suite ou une conséquence essentielle». En d'autres termes, si deux objets sont tellement connexes que les deux débats qui se font à leur sujet soulèvent la même question concernant l'accomplissement de la même obligation, entre les mêmes parties, il y a chose jugée. [Références omises.]

C'est la définition qui a été adoptée dans l'arrêt *Buchanan*, précité, à la p. 328. (Voir aussi Royer, *op. cit.*, à la note 122, p. 293.)

Par extension logique, si l'objet de la seconde action est semblable à celui de la première action ou en est la conséquence nécessaire, il y a alors identité d'objet. Pothier, *op. cit.*, au n° 892, p. 471, offre l'exemple suivant:

. . . si j'ai succombé dans la demande d'une somme principale, je ne dois pas être recevable à demander les intérêts de cette somme; car ces intérêts ne peuvent m'être dus, si la somme principale ne m'est pas due.

Si l'on veut, par conséquent, déterminer s'il y a identité d'objet, il faut examiner non seulement la forme de la demande, mais encore sa substance.

### (iii) Identité de cause

Les auteurs ont abordé cette question épineuse de différentes manières et sont arrivés à une variété de définitions de la notion de «cause». Dans les arrêts *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554, et *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578, notre Cour a analysé la notion de «cause» quoique dans le contexte de l'expression «toute la cause d'action» (je souligne), tel que requis au par. 68(2) *C.p.c.*, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Récemment, mon collègue le juge Gonthier a fait une étude approfondie de la doctrine traitant de la question de «cause» dans l'arrêt *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440. Bien que son analyse s'inscrive dans le contexte d'une requête en irrecevabilité fondée sur la litispendance, les exigences sont, dit-il, les mêmes dans les deux cas: pour conclure qu'il y a soit litispendance, soit chose jugée, il doit y avoir identité de parties, d'objet et de cause.

In *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada*, [1965] S.C.R. 594, Taschereau C.J., speaking for the Court, says, at p. 597:

The rules that have to be applied in matters of *lis pendens* are the same that are to be applied in *res judicata* and they have to be applied here. These rules rest on the presumption of *res judicata* which is a bar to any further litigation on the same matter. This excludes the possibility of contradictory decisions on the same matter.

As Gonthier J., therefore, affirms in *Rocois, supra*, at p. 448:

It has long been recognized that the preliminary exception of *lis pendens* is governed by the same principles as those that apply to the exception of *res judicata*: *Cloutier v. Traders Finance Corp.*, [1958] Que Q.B. 274n; *Cargill Grain Co.*, *supra*.

In our context, my colleague's analysis of "cause" in *Rocois, supra*, is very pertinent to the present discussion and I propose to refer to it at length. After setting out the different approaches, Gonthier J. proposes the following test, at pp. 454-56:

The definitions of "cause" proposed by the various authors fall along a spectrum ranging from the raw facts to the potentially applicable abstract rule of law. The phrases "principal . . . fact which is the direct . . . basis" for the right, "legal fact which gave rise to the right claimed", "origin of or principle giving rise to the right claimed" or "legal source of the obligation" are attempts to capture in words the elusive idea of "cause", on the bridge linking the body of facts to the legal rule in legal reasoning.

First, it is clear that a body of facts cannot in itself constitute a cause of action. It is the legal characterization given to it which makes it, in certain cases, a source of obligations. A fact taken by itself apart from any notion of legal obligations has no meaning in itself and cannot be a cause; it only becomes a legal fact when it is characterized in accordance with some rule of law. The same body of facts may well be characterized in a number of ways and give rise to completely separate causes. For example, the same act may be characterized as murder in one case and as civil fault in another. In *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1975),

Dans l'arrêt *Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada*, [1965] R.C.S. 594, le juge en chef Taschereau dit, au nom de la Cour, à la p. 597:

[TRADUCTION] Les règles que l'on doit appliquer en matière de litispendance sont les mêmes que celles qui s'appliquent en matière de chose jugée et ce sont ces règles que l'on doit appliquer en l'espèce. Elles reposent sur la présomption de chose jugée qui constitue une fin de non-recevoir à tout autre litige sur le même sujet. Cela exclut la possibilité de décisions contradictoires sur le même sujet.

Comme l'affirme, par conséquent, le juge Gonthier dans l'arrêt *Rocois*, précité, à la p. 448:

Il est reconnu de longue date que le moyen préliminaire de litispendance est régi par les mêmes principes que ceux qui s'appliquent à celui de la chose jugée: *Cloutier v. Traders Finance Corp.*, [1958] B.R. 274n; *Cargill Grain Co.*, précité.

Dans notre contexte, l'analyse à laquelle mon collègue procède de la notion de «cause» dans l'arrêt *Rocois*, précité, s'avère fort utile aux fins du présent examen et je vais la citer au long. Après avoir exposé les différentes approches, le juge Gonthier propose le critère suivant, aux pp. 454 à 456:

Les définitions de la cause proposées par la doctrine s'inscrivent dans un spectre dont les faisceaux vont de l'ensemble factuel brut d'une part, à la règle de droit abstraite potentiellement applicable d'autre part. Les expressions «fait principal qui constitue le fondement direct» du droit, «fait juridique qui a donné naissance au droit réclamé», «origine ou (. . .) principe générateur du droit réclamé» ou «source juridique de l'obligation», sont des tentatives visant à capturer par le langage la notion fuyante de cause sur le pont reliant l'ensemble factuel à la règle de droit dans le raisonnement juridique.

D'une part, il est clair qu'un ensemble de faits ne saurait en soi constituer une cause d'action. C'est la qualification juridique qu'on lui donne qui le transforme, le cas échéant, en un fait générateur d'obligations. Le fait détaché du domaine des obligations juridiques n'est pas significatif en soi et ne saurait constituer une cause; il ne devient fait juridique qu'en vertu d'une qualification qu'on lui attribue à la lumière d'une règle de droit. Le même ensemble de faits peut très bien se voir attribuer plusieurs qualifications donnant lieu à des causes parfaitement distinctes. Par exemple, le même geste peut être qualifié de meurtre dans une affaire et de faute civile

Daniel Tomasin expressed this very clearly. At page 201, he wrote:

[TRANSLATION] It may be that under one or more provisions certain facts can be characterized differently. If the characterization chosen to attain a result has been rejected in one judgment, can a party then seek to attain the same result in reliance on a different characterization? Judging from article 1351 C.C., the answer must be in the affirmative as there is an absence (of identity) of cause between the two actions.

As a general rule, the same body of facts can thus give rise to as many causes of action as there are legal characterizations on which a proceeding can be based.

It is equally clear that a rule of law removed from the factual situation cannot be a cause of action in itself. The rule of law gives rise to a cause of action when it is applied to a given factual situation; it is by the intellectual exercise of characterization, of the linking of the fact and the law, that the cause is revealed. It would certainly be an error to view a cause as a rule of law regardless of its application to the facts considered. Accordingly, the existence of two applicable rules of law as the basis of the plaintiff's rights does not lead directly to the conclusion that two causes exist.

Of course, the existence of two rules of law applicable to a factual situation in practice gives rise to a duality of causes in the vast majority of cases, because separate rules generally require different legal characterizations. However, it is not the fact that there are two applicable rules which is conclusive in itself: it is the duality of legal characterizations which may result therefrom. When the essence of the legal characterization of the facts alleged is identical under either rule, it must follow that there is identity of cause. [Emphasis added.]

In my view, this is also the appropriate definition of "cause" for the purpose of determining the existence of *res judicata* in a particular instance.

However, such characterization will depend upon the choice one makes between a more general approach to "cause" and a narrower one, as Professor Henri Motulsky, in "Pour une délimitation plus pré-

dans une autre. Daniel Tomasin, dans son ouvrage intitulé *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1975), a fort bien cerné cette réalité. Il écrit, à la p. 201:

<sup>a</sup> Il peut arriver qu'un ou plusieurs faits puissent, au regard de certains textes, être qualifiés de façon différente. La qualification choisie pour aboutir à un résultat ayant été rejetée par un premier jugement, peut-on alors, pour atteindre ce même résultat, se fonder sur une qualification différente? À suivre l'article 1351 C. civ., la réponse doit être positive car il y a absence (d'identité) de cause entre les deux demandes.

<sup>c</sup> En règle générale, le même ensemble de faits est donc susceptible d'engendrer autant de causes d'action qu'il y aura de qualifications juridiques pouvant donner ouverture à un recours.

<sup>d</sup> Il est également clair d'autre part qu'une règle de droit abstraite de la réalité factuelle ne saurait en elle-même constituer une cause d'action. La règle de droit engendre la cause d'action lorsqu'on l'applique à un ensemble factuel donné; c'est par l'exercice intellectuel de la qualification, de la liaison entre le fait et le droit que la cause se révèle. Il serait certainement erroné d'assimiler la cause à une règle de droit sans égard à son application aux faits considérés. En conséquence, l'existence de deux règles de droit applicables comme fondement des droits du demandeur ne mène pas directement à la conclusion qu'il existe deux causes.

<sup>h</sup> Bien entendu, l'existence de deux règles de droit applicables à un ensemble de faits engendre en pratique une dualité de causes dans la vaste majorité des situations parce que des règles distinctes commandent généralement des qualifications juridiques différentes. Mais ce n'est pas le fait qu'il y ait deux règles applicables qui est en soi déterminant; c'est la dualité des qualifications juridiques qui peuvent en découler. Lorsque l'essence de la qualification juridique des faits allégués est identique sous l'empire de l'une et l'autre des règles, on doit conclure à l'identité de cause. [Je souligne.]

<sup>i</sup> C'est là, à mon avis, la juste définition de la notion de «cause» aux fins de déterminer s'il y a chose jugée dans une affaire donnée.

<sup>j</sup> Cette qualification, toutefois, dépendra du choix que l'on fait entre une conception plus générale de la «cause» et une conception plus restreinte, comme le souligne le professeur Henri Motulsky dans «Pour



cise de l'autorité de la chose jugée en matière civile», D. 1968. Chron., p. 1, has outlined, at No. 10, p. 3:

[TRANSLATION] The practice has been to oppose cause ... and means ... but the difficulty is immediately apparent: the distinction can be made in two ways, depending on whether the cause is a *general or abstract concept* or, on the contrary, a *special or concrete concept* (we prefer to say *broad and narrow concept*). [Emphasis in original; references omitted.]

Cornu and Foyer, *op. cit.*, provide examples of such characterization, at p. 410:

[TRANSLATION] *Concrete or special concept of cause*.—The cause will be: in an action for nullity of a contract, fraud, violence, mistake, or minority and interdiction; in an action for divorce, serious injury, adultery and so on; in an action to establish natural paternity, notorious concubinage, fraudulent seduction, unambiguous admission and so on. Without more detailed discussion of the facts, it is hard to conceive of a more concrete cause.

*Abstract or general concept of cause (clausula generalis)*.—In an action for nullity of a contract the cause becomes a defect in consent or incapacity; in an action for divorce, the fact that marital life is intolerable; in an action to establish natural paternity, the natural paternity itself.

They conclude, at p. 411:

[TRANSLATION] Leaving aside the special features of divorce, the concrete concept seems more rational. In the abstract concept, the cause may be confused with the object . . . .

My colleague Gonthier J. in *Rocois, supra*, seems to have adopted the narrower approach to "cause", favoured by Cornu and Foyer, a position I agreed with in *Rocois*.

It is against this theoretical background that the facts in the present case must be evaluated.

### C) Application to the Facts of the Case

There is no doubt that the judgment of the prothonotary, granting ownership to the Caisse, attained the jurisdictional requirements so that it could be consid-

une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile», D. 1968. Chron., p. 1, au n° 10, p. 3:

On a accoutumé d'opposer la cause [. . .] aux moyens [. . .] Mais la difficulté apparaît aussitôt; car la distinction peut s'opérer de deux manières: selon qu'on se fait de la cause une *conception générale ou abstraite* ou, au contraire, une *conception spéciale ou concrète* (nous préférierions dire: *conception large et conception étroite*). [En italique dans l'original; références omises.]

Cornu et Foyer, *op. cit.*, fournissent des exemples de cette qualification, à la p. 410:

*Conception dite concrète ou spéciale de la cause*.—La cause sera: dans l'action en nullité d'un contrat, le dol, la violence, l'erreur, ou encore, la minorité, l'interdiction; dans l'action en divorce: l'injure grave, l'adultère, etc.; dans l'action en recherche de paternité naturelle: le concubinage notoire, la séduction dolosive, l'aveu non équivoque, etc. À moins de sombrer dans les faits, on peut difficilement, concevoir une cause plus concrète.

*Conception dite abstraite ou générale de la cause (clausula generalis)*.—La cause devient, dans l'action en nullité du contrat, le vice de consentement, ou l'incapacité; dans l'action en divorce, le caractère intolérable de la vie conjugale; dans l'action en recherche de paternité naturelle, la paternité naturelle elle-même.

Ils concluent, à la p. 411:

Sauf à réserver le particularisme du divorce, la conception concrète paraît plus rationnelle. Dans la conception abstraite, la cause risque de se confondre avec l'objet . . .

Mon collègue le juge Gonthier semble avoir adopté, dans *Rocois*, précité, la conception étroite de la «cause» que privilégient Cornu et Foyer, position à laquelle je me suis d'ailleurs ralliée dans cet arrêt.

C'est à la lumière de ces données théoriques que les faits de la présente instance doivent être appréciés.

### C) Application aux faits de l'espèce

Il ne fait aucun doute que le jugement du protonotaire, accordant la propriété à la Caisse, satisfait aux exigences juridictionnelles nécessaires pour pouvoir

ered as *res judicata*. It was rendered by a civil court, with jurisdiction in Quebec (i.e., the Superior Court). The prothonotary was well within his powers in granting the relief sought. Furthermore, the judgment was "definitive", even though rendered by default, since the proceedings were served on the parties. Moreover, an action on giving in payment is of a "contentious" nature. (See the reasons of O'Connor J. in *In re Reed: Caisse populaire Desjardins de Côte St-Paul v. Diamond Co.*, [1981] C.S. 944, at p. 948.) The issue of whether there is *res judicata* will therefore ultimately rest on the assessment of whether there is identity of parties, object, and cause.

### 1. Identity of Parties

It is helpful to recall that the parties to the action on the giving in payment clause taken by the Caisse were all served. These parties were:

[TRANSLATION] GRÉGOIRE BELLAVANCE, in his capacity as trustee in the bankruptcy of Paul Leclerc . . . -and- PAUL LECLERC INC.

The appellant suggests that, even if the trustee in bankruptcy of Paul Leclerc Inc. was a party to the action, the creditors of the company could later contest the validity of the judgment, claiming that they have distinct juridical personalities from the trustee. There would thus be no identity of parties. This argument must fail. A trustee in bankruptcy represents the creditors of the bankrupt. This is the very purpose of the *Bankruptcy Act*, which attempts to consolidate, in the hands of the trustee, proceedings as regards a bankrupt's estate. This was made clear by this Court in *Mercure v. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 S.C.R. 547. De Grandpré J., in discussing the role and the powers of the trustee under the *Bankruptcy Act*, spoke for the Court, at p. 553:

When the trustee is appointed he assumes responsibility in two areas:

(a) he becomes the debtor's representative;

(b) he becomes the representative of all the general creditors to the extent that he can even act on their behalf against the debtor.

être considéré comme chose jugée. Il a été rendu par un tribunal civil ayant juridiction au Québec (savoir la Cour supérieure). Le protonotaire n'a en rien excédé ses pouvoirs en accordant le redressement demandé. De plus, quoiqu'il ait été rendu par défaut, le jugement était « définitif », puisque les actes de procédure avaient été signifiés aux parties. Une action en dation en paiement est, en outre, de nature « contentieuse ». (Voir les motifs du juge O'Connor dans l'affaire *In re Reed: Caisse populaire Desjardins de Côte St-Paul c. Diamond Co.*, [1981] C.S. 944, à la p. 948.) L'existence de la chose jugée dépendra donc, en définitive, de la question de savoir s'il y a identité de parties, d'objet et de cause.

### 1. Identité de parties

Il convient de rappeler que les parties à l'action en dation en paiement, intentée par la Caisse, en ont toutes reçu signification. Ces parties étaient:

GRÉGOIRE BELLAVANCE, en sa qualité de syndic à la faillite de Paul Leclerc [. . .] -et- PAUL LECLERC INC.

L'appelant soutient que, même si le syndic à la faillite de Paul Leclerc Inc. était partie à l'action, les créanciers de la compagnie pouvaient subséquemment contester la validité du jugement en faisant valoir qu'ils avaient une personnalité juridique distincte de celle du syndic. Il n'y aurait donc pas identité de parties. Cet argument ne saurait être retenu. Le syndic à la faillite représente les créanciers du failli. C'est le but même de la *Loi sur la faillite* que de viser à réunir entre les mains du syndic les procédures touchant l'actif du failli. Ce principe a été clairement exprimé par notre Cour dans l'arrêt *Mercure c. A. Marquette & Fils Inc.*, [1977] 1 R.C.S. 547. Dans son examen du rôle et des pouvoirs qu'exerce le syndic en vertu de la *Loi sur la faillite*, le juge de Grandpré affirme au nom de la Cour, à la p. 553:

Le syndic, lors de sa nomination, acquiert une double qualité:

a) il devient le représentant du débiteur;

b) il devient le représentant de l'ensemble des créanciers ordinaires au point qu'il peut même agir pour eux contre le débiteur.

It is the concept of representation that is crucial. As noted when discussing the theoretical framework, when someone is represented by a party to an action, he or she cannot later challenge the judgment. If the creditors are dissatisfied with the trustee's conduct, their recourse is generally an action under the *Bankruptcy Act*, rather than a challenge to the judgment, subject to certain exceptions not pertinent to the present discussion.

In this case, however, at the time the action in giving in payment was initiated by the Caisse, no notice was registered against the property in question by the trustee of his nomination as trustee of Paul Leclerc Inc. The appellant notary thus claims that since he could not have known that the trustee was the same for Paul Leclerc and Paul Leclerc Inc., he had a legitimate concern that the creditors of Paul Leclerc Inc. might challenge the judgment. Even if the creditors were not "represented" by the trustee, however, they would still be bound by the judgment granting ownership of the property to the Caisse. The chirographic creditors cannot claim more rights than those of their debtor. If that debtor loses some of his patrimony (i.e., by the judgment granting ownership of the immoveable property to the Caisse), then these creditors simply have a decreased patrimony to share. They cannot challenge the validity of the judgment unless they prove that such judgment constituted an attempt to defraud the creditors. An oblique action is taken by a creditor, not in a personal capacity, but as a representative of the debtor, and thus faces the same issues of representation and *res judicata* (Royer, *op. cit.*, at No. 787, p. 291). A Paulian action, on the other hand, must allege fraud and is taken in the name of the individual creditor exercising personal rights. Such action, although a possibility even after a judgment in giving in payment, is prescribed after one year of knowledge of the alleged fraud (art. 1040 *C.C.L.C.*).

This is not to say that third parties can never challenge judgments to which they were not parties and

C'est le concept de la représentation qui est crucial. Comme je l'ai souligné en analysant le cadre théorique, la personne qui est représentée par une partie à une instance ne peut par la suite contester le jugement. Si les créanciers sont mécontents de la conduite du syndic, leur recours consiste généralement à exercer une action en vertu de *Loi sur la faillite*, et non à contester le jugement, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas pertinentes aux fins de la présente analyse.

En l'espèce, cependant, au moment où la Caisse instituait l'action en dation en paiement, le syndic n'avait fait enregistrer contre l'immeuble en question aucun avis de sa nomination à titre de syndic de Paul Leclerc Inc. Le notaire appelant fait donc valoir qu'étant donné qu'il ne pouvait savoir que Paul Leclerc et Paul Leclerc Inc. avaient le même syndic, il pouvait légitimement s'inquiéter de la possibilité que les créanciers de Paul Leclerc Inc. contestent le jugement. Or, même dans l'hypothèse où les créanciers n'auraient pas été «représentés» par le syndic, ils seraient toujours liés par le jugement accordant la propriété de l'immeuble à la Caisse. Les créanciers chirographaires ne peuvent revendiquer plus de droits que ceux que possède leur débiteur. Si ce débiteur perd une partie de son patrimoine (soit par le jugement accordant la propriété du bien immeuble à la Caisse), les créanciers n'ont plus alors qu'un patrimoine réduit à partager. Ils ne peuvent contester la validité du jugement, à moins de prouver que ce jugement constitue une tentative de fraude à leur endroit. L'action oblique est intentée par un créancier, non en sa capacité personnelle, mais en sa qualité de représentant du débiteur, ce qui fait intervenir les mêmes notions de représentation et de chose jugée (Royer, *op. cit.*, au n° 787, p. 291). Dans l'action paulienne, par contre, il doit y avoir allégation de fraude et le recours est formé au nom du créancier individuel dans l'exercice de ses droits personnels. Bien que cette action puisse être intentée même après un jugement en matière de dation en paiement, elle est prescrite à l'expiration d'un an à compter du jour où on a pris connaissance de la fraude alléguée (art. 1040 *C.c.B.-C.*).

Cela ne signifie pas que les tierces parties ne peuvent jamais contester les jugements auxquels elles

which affect their own rights, as was the situation in *Irony, supra*. If these parties were aware of the judgment in question, however, they must act with diligence in retraction of the judgment. Since, in the present case, the judgment was registered against the property years earlier, it would be difficult, if not impossible for the creditors to claim absence of notice. As for the third-party opposition, a case directly on point is *Riberdy v. Laroche*, [1986] R.D.J. 510 (C.A.), where, as here, a judgment had been rendered by default on an action in giving in payment. A third party later attempted to set aside the judgment, claiming a right of ownership in the property in question. Monet J.A. (Beauregard and Vallerand J.J.A. concurring), at pp. 511 and 513, deals with the issue of reasonable diligence:

[TRANSLATION] This action is based *inter alia* on a hypothec granted by the defendant to the plaintiff on December 28, 1978, as security for an earlier loan, and seeks a declaration of ownership of the immoveable property in question . . . in accordance with application of a giving in payment clause in the event of default by the defendant.

. . .

It is well established that it was the appellant and not Hôtel Royal (La Tuque) Ltée which owned this immoveable property at the time that concerns us, and this ownership had been uninterrupted since March 29, 1972 . . .

. . .

There is no question that the appellant's interests are affected by the judgment he is seeking to appeal. Further, it is apparent that the appellant was not a party to the suit and no relief was sought against him.

On the other hand, the decisions of this Court require that a third party opposition be brought with reasonable diligence, taking into account the circumstances and facts in each case.

. . .

The culminating point of the judicial phenomenon is the jurisdictional act which is the outcome of a litigious situation and which makes a state of law official. The

n'ont pas été parties et qui influent sur leurs propres droits, comme c'était le cas dans l'arrêt *Irony*, précité. Toutefois, si ces parties étaient au courant du jugement en question, c'est avec diligence qu'elles doivent agir pour en demander la rétractation. En l'espèce, le jugement ayant été enregistré contre l'immeuble plusieurs années auparavant, il serait difficile, voire impossible, aux créanciers d'invoquer l'absence d'avis. Quant à la tierce-opposition, un arrêt directement pertinent est *Riberdy c. Laroche*, [1986] R.D.J. 510 (C.A.), où comme en l'espèce, jugement avait été rendu par défaut sur une action en dation en paiement. Un tiers avait subséquemment tenté de faire infirmer le jugement en revendiquant un droit de propriété sur l'immeuble en cause. Le juge Monet (aux motifs duquel ont souscrit les juges Beauregard et Vallerand) analyse ainsi, aux pp. 511 et 513, la question de la diligence raisonnable:

Cette action est basée *inter alia* sur une hypothèque consentie le 28 décembre 1978 par la défenderesse en faveur de la demanderesse, comme sûreté d'un prêt antérieur, et conclut à une déclaration de propriété de l'immeuble grevé [. . .], compte tenu de l'application d'une clause dite de dation en paiement en cas de défaut de la défenderesse.

. . .

Or, il est acquis que c'était l'appelant et non Hôtel Royal (La Tuque) Ltée qui était propriétaire de cet immeuble à la période qui nous intéresse, et ce sans interruption depuis le 29 mars 1972 . . .

g

. . .

Il n'est pas douteux que les intérêts de l'appelant sont affectés par le jugement contre lequel il cherche à se pourvoir. De plus, il est manifeste que l'appelant n'était pas partie à l'instance et qu'aucune conclusion n'a été prise contre lui.

Par contre, la jurisprudence de notre Cour exige que le recours en tierce-opposition soit intenté avec diligence raisonnable, compte tenu des circonstances et des éléments propres à l'espèce.

. . .

Le point culminant du phénomène judiciaire est l'acte juridictionnel qui est la conclusion d'une situation litigieuse et la consécration d'un état de droit. L'organisa-

social structure itself requires that this decision have a proper finality.

In the case at bar, the period of approximately one year that elapsed between learning of the judgment and of its effects on the appellant's interests is not reasonable, in light of the circumstances mentioned above. Without necessarily concluding that there was acquiescence, this situation is such that, to use the language of McCarthy J.A. in *Begama Ltd.* (Reid & Ferland, *C.P.C. annoté*, vol. 3, p. 497 (1975-C.A.)), the "right to third party opposition is extinguished, expired and late".

Similarly here, the seven years elapsed since the registered judgment obtained by the Caisse would serve as a bar to third-party opposition.

The appellant notary argues further that, since the trustee may not have been properly served in his capacity as trustee in bankruptcy of Paul Leclerc Inc. in the present instance, he, apart from the creditors, might later contest the judgment. Paul Leclerc Inc. however, was properly served, given the absence of notice of bankruptcy in the index of immoveables. The trustee, who failed to register such notice on the debtor's property at the time of the bankruptcy, could not, in my view, benefit from his own omission. Moreover, the trustee was the same person who was acting as trustee in bankruptcy for Paul Leclerc, and he was properly served as such. The trustee, therefore, had actual knowledge of the proceedings, and if he sought to attack the judgment, he would have had to act within a reasonable time. As Monet J.A. writes, in *Darveau v. Tessier*, [1986] R.J.Q. 2770 (C.A.), at p. 2777:

[TRANSLATION] It is certainly true that a declaratory judgment has the force of *res judicata* only as regards the parties to the case. It is also true that Aldéi Darveau was not impleaded in his capacity as testamentary executor, but in another capacity. However, the knowledge of the existence of a fact, in this case of a judgment, is that of an individual whatever his title or capacity. [Emphasis added.]

There is no dispute that the trustee was, should, or could have been aware of the proceedings and their

tion sociale elle-même commande que cette décision ait une finalité propre.

<sup>a</sup> En l'espèce, la période d'environ un an qui s'est écoulée entre la connaissance du jugement et de ses effets sur les intérêts de l'appellant n'est pas un délai raisonnable, compte tenu des circonstances ci-dessus indiquées. Sans forcément conclure à un acquiescement, cette situation de fait est telle que, pour reprendre les termes du juge McCarthy dans l'affaire *Begama Ltd.* (Reid & Ferland, *C.P.C. annoté*, vol. 3, p. 497 (1975-C.A.)), le «droit à la tierce-opposition est éteint, périmé et tardif».

<sup>c</sup> De la même façon ici, les sept années écoulées depuis l'enregistrement du jugement obtenu par la Caisse constitueraient une fin de non-recevoir à une tierce-opposition.

<sup>d</sup> Le notaire appelant soutient, en outre, que le syndic n'ayant peut-être pas dûment reçu signification de l'instance en sa qualité de syndic à la faillite de Paul Leclerc Inc., il pourrait, indépendamment des créanciers, contester ultérieurement le jugement. Or, Paul Leclerc Inc. a dûment reçu signification, compte tenu de l'absence d'un avis de faillite dans l'index des immeubles. Le syndic, qui a négligé de faire enregistrer cet avis contre les biens du débiteur au moment de la faillite, ne saurait, à mon sens, tirer profit de sa propre omission. De plus, c'est au même titre qu'il agissait dans le cas de la faillite de Paul Leclerc, et il a dûment reçu signification en cette qualité. Il avait donc une connaissance de fait de la poursuite et s'il avait voulu attaquer le jugement, il aurait dû le faire dans un délai raisonnable. Comme l'écrit le juge Monet dans l'arrêt *Darveau c. Tessier*, [1986] R.J.Q. 2770 (C.A.), à la p. 2777:

<sup>e</sup> Certes, le jugement déclaratoire n'a l'autorité de la chose jugée qu'en ce qui concerne les parties en cause. Il est également vrai qu'Aldéi Darveau n'était pas en cause en sa qualité d'exécuteur testamentaire mais plutôt en une autre qualité. Toutefois, la connaissance de l'existence d'un fait, en l'occurrence un arrêt, est celle d'un individu, quels que soient son titre ou sa qualité. [Je souligne.]

<sup>j</sup> Il est incontestable que le syndic était, aurait dû ou aurait pu être au courant de l'instance et de son effet,

effect, if any, on the rights of Paul Leclerc Inc. The judgment in execution of the giving in payment clause was rendered in 1980 and registered against the property in the same year, and the bankruptcy of Paul Leclerc Inc. also occurred in 1980, whereas the notary's title search occurred in 1987. Given the well-established jurisprudence, which effectively disposes of such a recourse unless exercised within a reasonable delay, it would have been very unlikely that such action by the trustee in the bankruptcy of Paul Leclerc Inc. could have succeeded.

Finally, the appellant raises the remote possibility that third parties, unaware of the judgment, could later contest the validity of the hypothec and, as a consequence, the validity of the vendor's title. I find this argument somewhat perplexing. There is no indication that any other party could have had an interest in the validity of the hypothec and/or the ownership of the property. The hypothec was granted by Paul Leclerc to the Caisse, even though the land was owned by Paul Leclerc Inc. These are the only parties who could claim a property interest in the immovable. Any other potential interest is not only pure speculation but is also not grounded on the facts. I would therefore conclude that the judgment in favour of the Caisse has, in such circumstances, acquired the authority of *res judicata* against the creditors of Paul Leclerc Inc., its trustee in bankruptcy, and any third party.

With respect to the prospective vendor, since he is a successor by particular title to the property, he is thus a "party" to any judgments rendered in regard to the said property. There is thus an identity of parties between the vendor and the Caisse concerning ownership of the property.

## 2. Identity of Object

Upon its debtor's default, the Caisse was seeking, in the proceedings pursuant to the giving in payment clause, to be declared the sole owner of the immovable property in question. This is apparent from the remedy sought in its action:

[TRANSLATION] DECLARE the plaintiff to be absolute owner of the immovable property so described . . .

le cas échéant, sur les droits de Paul Leclerc Inc. Le jugement en exécution de la clause de dation en paiement a été rendu en 1980 et enregistré contre l'immeuble la même année; c'est également en 1980 que la faillite de Paul Leclerc Inc. s'est produite, tandis que le notaire a effectué sa recherche de titres en 1987. Vu le caractère bien établi de la jurisprudence, qui rejette effectivement les recours de cette nature à moins qu'ils ne soient exercés dans un délai raisonnable, il aurait été hautement improbable qu'une telle action intentée par le syndic à la faillite de Paul Leclerc Inc. ait quelque chance de succès.

Enfin, l'appelant soulève la possibilité lointaine que des tiers, non au fait du jugement, puissent ultérieurement contester la validité de l'hypothèque et, partant, la validité du titre du vendeur. Cet argument me rend quelque peu perplexé. Rien n'indique qu'une autre partie aurait pu avoir un intérêt dans la validité de l'hypothèque ou dans la propriété de l'immeuble, ou dans les deux à la fois. L'hypothèque a été consentie à la Caisse par Paul Leclerc, même si le terrain appartenait à Paul Leclerc Inc. Ce sont là les seules parties qui pouvaient revendiquer un droit de propriété sur l'immeuble. Tout autre intérêt potentiel ne relève pas seulement de la pure spéculation, mais ne repose sur aucun fait. Force m'est donc de conclure que le jugement rendu en faveur de la Caisse a, dans ces circonstances, acquis l'autorité de la chose jugée à l'encontre des créanciers de Paul Leclerc Inc., du syndic à la faillite de cette dernière et des tiers.

Quant au vendeur éventuel, il est, en tant que successeur à titre particulier de l'immeuble, «partie» à tout jugement touchant ledit immeuble. Il y a donc identité de parties entre le vendeur et la Caisse en ce qui a trait à la propriété de l'immeuble.

## 2. Identité d'objet

Vu le défaut de son débiteur, la Caisse cherchait, en intentant une poursuite fondée sur la clause de dation en paiement, à se faire déclarer seule et unique propriétaire de l'immeuble en cause. C'est ce qui ressort des conclusions recherchées dans son action:

DÉCLARER la demanderesse propriétaire incommutable de l'immeuble ainsi décrit . . .

DECLARE that neither the defendants nor the mis en cause nor any third party has any right in or against this immovable property or any right to compensation, maintenance, improvements, additions or any other cause;

DÉCLARER que ni les défendeurs, ni le mis-en-cause, ni aucun tiers n'a aucun droit en ou contre cet immeuble ni aucun droit pour compensation, impenses, améliorations, additions ou autre cause;

a

ORDER the mis en cause Registrar to receive and register the judgment to be rendered, to be a good and valid title to the above-described immovable property in favour of the plaintiff, and to strike out any hypothecs, privileges, notices or other charges registered against the above-described immovable property after the plaintiff's hypothecary deed P-1 of June 1, 1977;

ORDONNER au registrateur mis en cause de recevoir et d'enregistrer le jugement à intervenir, pour valoir bon et valable titre de l'immeuble ci-dessus décrit en faveur de la demanderesse et de radier les hypothèques, privilèges, avis ou autres charges enregistrés contre l'immeuble ci-dessus décrit après l'acte hypothécaire P-1 de la demanderesse du 1er juin 1977;

b

The judgment granted this relief. While, as the appellant suggests, the sole issue in that case related to the default of the debtor and the application of the giving in payment clause in the deed of loan, nevertheless, the juridical benefit sought was the ownership of the property.

Ces conclusions ont été accordées par le jugement. Même si, comme le prétend l'appelant, le débat portait ici uniquement sur le défaut du débiteur et l'application de la clause de dation en paiement incluse dans l'acte de prêt, le bénéfice juridique recherché était la propriété de l'immeuble.

c

Could then the validity of the securities granted by the debtor to the Caisse still be contested? Appellant claims that one of those securities at least, the hypothec, is nul *ab initio* and can always be contested, relying, in this connection, on art. 2037 C.C.L.C.:

La validité des sûretés consenties par le débiteur à la Caisse peut-elle donc être encore contestée? L'appelant soutient qu'une de ces sûretés à tout le moins, l'hypothèque, est nulle *ab initio* et peut toujours être contestée. Il s'appuie à cet égard sur l'art. 2037 C.c.B.-C.:

e

2037. Conventional hypothec can only be granted by those who are capable of alienating the immovables which they subject to it; saving the provisions of special enactments concerning *Fabriques*.

2037. Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent, sauf les dispositions spéciales relatives aux fabriques.

f

g

In other words, besides the hurdles previously discussed—identity of parties and delay—which such a plaintiff would have to face, would the object of such proceedings be the same as that of the action taken by the Caisse? The appellant suggests that it would not. In his view, the sole object of the giving in payment proceedings was to give effect to a specific security provided for in the deed of loan in case of default and not to question the validity of the securities, in particular the hypothec, which was never in issue then. That being so, the appellant maintains that a separate action could lie in order to decide such issue. This, in my opinion, overlooks the fact that the object of the judgment obtained by the Caisse years before was the ownership of the immovable property, precisely the

En d'autres termes, outre les obstacles déjà mentionnés—l'identité de parties et le délai—auxquels un demandeur aurait à faire face, l'objet d'une telle poursuite serait-il le même que celui de l'action intentée par la Caisse? L'appelant prétend que non. À son avis, les procédures en dation en paiement visaient uniquement à donner effet à une sûreté spécifiquement prévue dans l'acte de prêt en cas de défaut, et non pas à remettre en question la validité des sûretés, en particulier de l'hypothèque, validité qui n'avait alors jamais été soulevée. Cela étant, l'appelant fait valoir que cette question pourrait être tranchée au moyen d'une action distincte. À mon avis, cet argument fait abstraction du fait que l'objet du jugement obtenu par la Caisse, quelques années aupa-

h

i

j

same object which an attack on the validity of the hypothec would pursue.

In fact, the judgment obtained by the Caisse radiated, retroactively to the date of the deed of loan, all charges on the immovable, including the securities, hypothec and giving in payment, held by the Caisse, despite the fact that such securities may have originally been invalid. Moreover, with particular regard to the hypothec, it was originally open to the Caisse to exercise a hypothecary recourse, but, having succeeded on the giving in payment action and become the owner of the property, the Caisse's hypothecary recourse was no longer available. Even though a hypothecary action and an action in giving in payment may give rise to different conclusions, on the facts of this case, this could not have been relevant to the appellant notary's determination of the validity of the vendor's title. Both were securities given on an immovable property which did not belong to the debtor and could not be pursued concurrently. The judgment in favour of the Caisse had to presume that these securities were validly given. As discussed earlier, even if this was in error, such error does not prevent the judgment from acquiring the authority of *res judicata* on the facts of this case, given the object of the proceedings, i.e., the ownership of the immovable property, and the effect of such judgment on charges against the immovable property, provided, of course, that all other conditions of art. 1241 C.C.L.C. are respected. This brings us to the last condition, identity of cause.

### 3. Identity of Cause

The test for identity of cause, as discussed previously, is set out by Gonthier J. in *Rocois*, *supra*, at p. 456 in the following terms:

When the essence of the legal characterization of the facts alleged is identical under either rule, it must follow that there is identity of cause.

Both parties propose that the contract of loan is the "cause" of the action taken by the Caisse. If this is so, the "cause" is not the debt between Paul Leclerc and the Caisse, nor the securities listed in the loan agree-

ravant, était la propriété de l'immeuble, soit précisément le même objet que viserait une contestation de la validité de l'hypothèque.

<sup>a</sup> En fait, le jugement qu'a obtenu la Caisse radiait, rétroactivement à la date de l'acte de prêt, toutes les charges dont était grevé l'immeuble, dont les sûretés, l'hypothèque et la dation en paiement qu'elle-même détenait, même si pareilles sûretés pouvaient avoir été invalides à l'origine. De plus, pour ce qui est plus particulièrement de l'hypothèque, s'il était loisible au départ à la Caisse d'exercer un recours hypothécaire, ce dernier ne lui était plus ouvert après qu'elle eut obtenu gain de cause dans son action en dation en paiement et qu'elle fut devenue propriétaire de l'immeuble. Bien que l'action hypothécaire et l'action en dation en paiement puissent donner lieu à des conclusions différentes, cela ne pouvait, vu les faits de l'espèce, être pertinent à la conclusion du notaire appellant quant à la validité du titre du vendeur. Les deux sûretés avaient été consenties sur un bien immeuble qui n'appartenait pas au débiteur et elles ne pouvaient être réalisées concurremment. Le jugement rendu en faveur de la Caisse devait présumer que ces sûretés avaient été validement consenties. Comme je l'ai indiqué précédemment, même si c'était là une erreur, celle-ci n'empêche pas le jugement d'acquiescer l'autorité de la chose jugée vu les faits de l'espèce, étant donné l'objet de la poursuite, soit la propriété de l'immeuble, et l'effet de ce jugement sur les charges grevant cet immeuble, pourvu, naturellement, que toutes les autres conditions de l'art. 1241 C.c.B.-C. soient respectées. Ceci nous amène à la dernière condition, l'identité de cause.

### 3. Identité de cause

<sup>h</sup> Le critère de l'identité de cause, comme je l'ai indiqué précédemment, est énoncé ainsi par le juge Gonthier dans l'arrêt *Rocois*, précité, à la p. 456:

<sup>i</sup> Lorsque l'essence de la qualification juridique des faits allégués est identique sous l'empire de l'une et l'autre des règles, on doit conclure à l'identité de cause.

Les deux parties affirment que c'est le contrat de prêt qui est la «cause» de l'action intentée par la Caisse. S'il en est ainsi, la «cause» n'est ni la dette de Paul Leclerc envers la Caisse, ni les sûretés énumé-



ment. These are simply “a body of facts”, to use the words of Gonthier J. in *Rocois, supra*, at p. 455. It is the legal characterization of these facts that is crucial, and these facts are only relevant in the legal context of a contract of loan, secured by both a hypothec and a giving in payment clause. The inexecution of the obligation undertaken in the contract of loan will be the “concrete” cause of action.

The issue of ownership of the immoveable property was expressly raised by the Caisse in its action in execution of the giving in payment clause, at par. 6 of its declaration:

[TRANSLATION] The defendant still holds the said immoveable property as owner. [Emphasis added.]

The question of ownership was therefore addressed in both the pleadings and judgment granting the Caisse’s action on the giving in payment clause. Subsequent proceedings to challenge ownership would, in my view, also be based on the ownership of the immoveable property.

On the other hand, a hypothecary action is based on one form of security, the hypothec, while an action on a giving in payment clause is based on a different security. Since these two actions give rise to different conclusions and remedies, in principle, one could perhaps pretend that they constitute two different causes of action. While in my view, the “cause”, on the facts of this case, would relate to the contract of loan, in any event, the securities provided for in the deed of loan could not be pursued together, since the judgment allowing the giving in payment action precluded proceedings on the hypothec. The legal characterization of the facts alleged thus remains a contract of loan. The inexecution of the obligations undertaken in that contract is the “cause” and would constitute but one cause of action. Given that characterization, the inevitable result is that the requirement of identity of cause is satisfied.

rées dans la convention de prêt. Il ne s’agit là que d’«un ensemble de faits», pour reprendre les mots du juge Gonthier dans l’arrêt *Rocois*, précité, à la p. 455. C’est la qualification juridique de ces faits qui est cruciale, et ces faits ne sont pertinents que dans le contexte juridique d’un contrat de prêt, garanti tant par une hypothèque que par une clause de dation en paiement. L’inexécution de l’obligation assumée dans le contrat de prêt sera donc la cause «concrète» de l’action.

La question de la propriété de l’immeuble a été expressément soulevée par la Caisse dans son action en exécution de la clause de dation en paiement. La Caisse affirme au par. 6 de sa déclaration:

Le défendeur possède encore ledit immeuble à titre de propriétaire. [Je souligne.]

La question de la propriété a donc été abordée tant dans les actes de procédure que dans le jugement accueillant l’action de la Caisse sur la clause de dation en paiement. Des poursuites ultérieures en contestation du droit de propriété seraient, à mon avis, également fondées sur la propriété de l’immeuble.

L’action hypothécaire est, par contre, fondée sur une forme de sûreté, l’hypothèque, différente de celle sur laquelle s’appuie l’action en exécution d’une clause de dation en paiement. Compte tenu de la divergence des conclusions et des redressements auxquels donnent lieu ces deux actions, on pourrait en principe prétendre qu’elles constituent deux causes d’action distinctes. Même si j’estime que, d’après les faits de l’espèce, la «cause» se rattacherait au contrat de prêt, il ne pouvait, en tout état de cause, y avoir réalisation conjointe des sûretés consenties dans cet acte puisque le jugement accueillant l’action en dation en paiement excluait toute possibilité de poursuite fondée sur l’hypothèque. La qualification juridique des faits allégués demeure donc un contrat de prêt et, en conséquence, c’est l’inexécution des obligations assumées dans ce contrat qui constitue la «cause» et qui serait l’unique cause d’action. Compte tenu de cette qualification, il en résulte inévitablement qu’on a satisfait à l’exigence de l’identité de cause.

D) *Conclusion*

In summary then, since all of the conditions set out in art. 1241 *C.C.L.C.* as to jurisdiction and identity of parties, object, and cause, are met here, the judgment obtained by the Caisse acquired the authority of *res* *judicata*. This judgment granted good and valid title to the Caisse since it was not appealed from and, on the facts of this case, could not have been the object of further proceedings.

The appellant notary assumed that, because of the defect in the granting of the hypothec, the vendor's title could be challenged. In my view, the appellant failed to distinguish between the hypothec's defect, which existed, and the defect in the title, which did not exist, having been cured by the judgment granting ownership to the Caisse.

In my view, the trial judge was correct when he concluded:

[TRANSLATION] The effect of the contentious judgment of July 17, 1980 was therefore definitive; it had the authority of *res judicata*, conferring good and valid title on the Caisse populaire St-François d'Assise, despite the fact that the hypothec granted pursuant to the deed of obligation of May 31, 1977 was granted by Paul Leclerc and the owner at that time was Paul Leclerc Inc. [Emphasis added.]

This, however, does not end the matter. The following question must be answered: did the error of law of the notary constitute a fault entailing his liability?

Error and Fault

The distinction between error and fault was perhaps best made by Vallerand J.A. in *Côté v. Drolet*, *supra*, at p. 247:

[TRANSLATION]. . . error . . . is not a source of fault by itself.

The plaintiff has the burden of establishing fault. That is a commonplace. Error is certainly a starting-point, but as I noted, it will not suffice.

(See also *Bédard v. Lavoie*, [1987] R.R.A. 83 (C.A.), at p. 85, and *Vail v. MacDonald*, [1976] 2 S.C.R. 825,

D) *Conclusion*

En résumé donc, vu que toutes les conditions énoncées à l'art. 1241 *C.c.B.-C.* quant à la compétence et à l'identité de parties, d'objet et de cause sont remplies en l'espèce, le jugement obtenu par la Caisse a acquis l'autorité de la chose jugée. Ce jugement a conféré à la Caisse un bon et valable titre étant donné qu'il n'a pas été porté en appel et qu'il n'aurait pu, d'après les faits de l'espèce, faire l'objet d'autres procédures.

Le notaire appelant a présumé qu'en raison du vice décelé dans la formation de l'hypothèque, le titre du vendeur pouvait être contesté. À mon avis, l'appellant n'a pas fait la distinction entre le vice de l'hypothèque, qui existait, et le vice du titre, qui n'existait pas puisqu'il y avait été remédié par le jugement conférant la propriété de l'immeuble à la Caisse.

Selon moi, le juge de première instance a eu raison de conclure:

Le jugement contentieux du 17 juillet 1980 avait donc un caractère définitif et l'autorité de la chose jugée et conférerait un titre bon et valable à la Caisse populaire St-François d'Assise, et cela en dépit du fait que l'hypothèque consentie aux termes de l'acte d'obligation du 31 mai 1977 l'avait été par Paul Leclerc alors que Paul Leclerc Inc. en était à ce moment-là le propriétaire en titre. [Je souligne.]

Cette conclusion, toutefois, ne met pas fin au débat. Il nous faut encore répondre à la question suivante: l'erreur de droit du notaire constituait-elle une faute engageant sa responsabilité?

Erreur et faute

C'est le juge Vallerand, dans l'arrêt *Côté c. Drolet*, précité, qui a peut-être, à la p. 247, le mieux établi la distinction entre l'erreur et la faute:

. . . l'erreur [. . .] n'emporte pas en soi la faute.

Il appartient au demandeur de prouver la faute. C'est là des lieux communs. L'erreur est certes un point de départ mais, je l'ai rappelé, elle ne suffit pas.

(Voir aussi *Bédard c. Lavoie*, [1987] R.R.A. 83 (C.A.), à la p. 85, et *Vail c. MacDonald*, [1976]

at p. 832, for cases involving professional medical liability.)

In a remark which applies as well to notaries, Molinari, *op. cit.*, observes, at p. 289:

[TRANSLATION] An attorney does not assume an obligation not to make mistakes. That would be an absurd situation.

Similarly, Marquis, *La responsabilité civile du notaire officier public*, *op. cit.*, at p. 35, after analyzing notarial liability for errors of law, pursues, in note 145:

[TRANSLATION] However, ignorance and an error in judgment should not be confused. We feel it is proper to apply to the notary *mutatis mutandis* what Rand J. of the Supreme Court said of the surgeon in *Dame Wilson v. Swanson*, [1956] S.C.R. 804, at p. 812: "An error in judgment has long been distinguished from an act of unskilfulness or carelessness or due to lack of knowledge..."

Although an error may amount to fault, it is not necessarily so. On the facts of this case, did the error of the appellant notary constitute a fault?

### Fault

#### A) *Expert Evidence*

In order to disclaim liability, the appellant notary introduced in evidence the testimony of notary Giroux, a colleague who was consulted by the respondents, and the testimony of an expert, notary Yves Demers. Both testified that the appellant notary's opinion was in conformity with the norms of practice of a prudent and cautious notary in the same circumstances.

The respondents objected to their testimony since, as they state in their factum at pp. 25-26:

[TRANSLATION] To the extent that this testimony related to the correctness of the Appellant's opinion, it was useless and inadmissible.

2 R.C.S. 825, à la p. 832, pour des arrêts en matière de responsabilité médicale professionnelle.)

Dans une observation qui s'applique aussi aux notaires, Molinari, *loc. cit.*, fait remarquer, à la p. 289:

L'avocat n'assume pas l'obligation de ne pas faire d'erreur. Ce serait une situation aberrante.

De même, Marquis, dans *La responsabilité civile du notaire officier public*, *op. cit.*, à la p. 35, après analyse de la responsabilité notariale pour erreur de droit, ajoute, à la note 145:

Mais il ne faut pas confondre ignorance et erreur de jugement. Nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer, *mutatis mutandis*, au notaire ce que le juge Rand de la Cour suprême déclarait du chirurgien en l'affaire *Dame Wilson v. Swanson*, [1956] R.C.S. 804, p. 812: [TRADUCTION] «On distingue depuis longtemps l'erreur de jugement de l'inhabileté, de la négligence ou de l'ignorance...»

Bien qu'une erreur puisse constituer une faute, il n'en est pas nécessairement ainsi. Au regard des faits de l'espèce, l'erreur du notaire appelant constituait-elle une faute?

### La faute

#### A) *Preuve d'expert*

Afin de rejeter sa responsabilité, le notaire appelant a présenté en preuve le témoignage du notaire Giroux, un confrère que les intimés avaient consulté, ainsi que le témoignage d'un expert, le notaire Yves Demers. Tous deux ont affirmé que l'opinion du notaire appelant était conforme aux normes de pratique d'un notaire prudent et avisé, placé dans les mêmes circonstances.

Les intimés se sont opposés à leur témoignage, affirmant aux pp. 25 et 26 de leur mémoire:

Dans la mesure où ces témoignages portaient sur la rectitude de l'opinion de l'Appelant ils étaient inutiles et irrecevables.

According to the respondents, it is for the judge to decide questions of law, not for witnesses, whether or not they are experts in the field.

The trial judge admitted the testimony of the expert witness but only as regards notarial practice. With respect to any conclusions the expert may have given on the validity of title, the trial judge said:

[TRANSLATION] . . . he [the expert] may have an opinion in the circumstances, but that does not mean that that must be the judgment of this Court.

In my view, the trial judge was right. Expert evidence is admissible provided that the expert is qualified and his or her testimony is necessary or useful to assist the court in the determination of technical or scientific matters. Professor Ducharme, *L'administration de la preuve* (1986), comments, at No. 317, p. 109:

[TRANSLATION] Expert testimony is admissible in matters which require information in the fields of sciences and the arts.

(See also *Hôtel-Dieu de Québec v. Bois*, [1977] C.A. 563.)

As regards legal professional liability, the admissibility of expert testimony has always been accepted. Tremblay, *op. cit.*, at p. 204, makes the following distinction:

[TRANSLATION] We cannot reject the presence of expert witnesses out of hand when the fault with which the defendant lawyer is charged results from a mistaken interpretation of the law. In such a case, though the applicable legislation and authorities available at the time the interpretation was given should enable the trial judge to determine the state of the law at that time, they would not enable him to determine whether the lawyer demonstrated reasonable competence in preparing his opinion. [Emphasis added.]

In *Caisse populaire St-Étienne de La Malbaie v. Tremblay*, [1986] R.D.I. 554 (Sup. Ct.), the trial judge held that a notary was not liable on the facts of the

Selon les intimés, c'est au juge qu'il appartient de trancher les questions de droit et non aux témoins, peu importe l'expertise de ces derniers dans le domaine.

Le juge de première instance a admis le témoignage du témoin expert, mais uniquement en ce qui a trait à la pratique notariale. Quant aux conclusions que l'expert a pu tirer sur la validité du titre, le juge s'est exprimé ainsi:

. . . il [l'expert] peut avoir une opinion dans les circonstances mais ça ne veut pas dire que c'est le jugement de la Cour, ça.

À mon avis, le juge de première instance a eu raison. Le témoignage d'expert est admissible pourvu que l'expert possède les qualités requises et que son témoignage soit nécessaire ou utile au tribunal aux fins de trancher des questions de caractère technique ou scientifique. Dans son ouvrage intitulé *L'administration de la preuve* (1986), le professeur Ducharme fait le commentaire suivant au n° 317, p. 109:

Le témoignage d'expert est admissible dans les matières qui font appel à des données qui relèvent de la science ou de l'art.

(Voir aussi *Hôtel-Dieu de Québec c. Bois*, [1977] C.A. 563.)

En matière de responsabilité légale professionnelle, l'admissibilité du témoignage d'expert a toujours été reconnue. Tremblay, *loc. cit.*, établit la distinction suivante, à la p. 204:

Nous ne pouvons d'emblée écarter la présence de témoins experts lorsque la faute reprochée à l'avocat défendeur provient d'une interprétation erronée du droit. Dans ce cas, même si la législation en vigueur et les autorités disponibles à l'époque où l'interprétation a été donnée devraient permettre au juge du procès de déterminer quel était le droit à cette époque, elles ne permettraient pas cependant de déterminer si l'avocat a démontré une compétence raisonnable dans l'élaboration de son opinion. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Caisse populaire St-Étienne de La Malbaie c. Tremblay*, [1986] R.D.I. 554 (C.S.), on a jugé que le notaire n'était pas responsable au regard

case since the law was not settled at the time. He noted, at p. 555:

[TRANSLATION] No expert witness was called to suggest that the notary acted improperly at the time or that he should have proceeded otherwise.

Although the decision was reversed on appeal, [1990] R.D.I. 483, the Court of Appeal did not question the admissibility of the expert testimony, mentioning only that expertise is not always necessary in cases of professional liability.

In another decision, *Fournier & Papillon Ltée v. Simard*, [1987] R.R.A. 566, the Court of Appeal, while holding the notary at fault, did not question the admissibility of an expert notary's evidence. LeBel J.A. assessed the expert evidence at p. 569:

[TRANSLATION] Supported by the testimony of an expert witness, the notary André Cossette, former president of the Chambre des notaires and a practitioner of long standing, the respondent [the notary] maintained that this way of doing things was in accordance with general practice and considered prudent. [Emphasis added.]

The same holds true at common law, as evidenced by the judgment of this Court in *Central Trust, supra*, where Le Dain J. broached the issue at pp. 210-11:

Two solicitors . . . gave evidence as to their practice and that of other solicitors in real estate transactions involving corporations. . . .

The Appeal Division held that the trial judge erred in disregarding the evidence of Mr. Fordham [one of the two lawyers]. . . .

With respect, I am in agreement with the conclusion of the Appeal Division on the issue of negligence.

The judge, however, is the final arbiter and is not bound by expert testimony. As Jean-Paul Landry,

des faits de l'espèce, étant donné que le droit n'était pas clair à l'époque en question. Le juge souligne, à la p. 555:

Aucun expert n'est venu prétendre que le notaire avait mal agi, à l'époque ni qu'il aurait dû procéder autrement.

Bien que la décision ait été infirmée en appel, [1990] R.D.I. 483, la Cour d'appel n'a pas mis en doute l'admissibilité des témoignages d'experts, soulignant seulement que l'expertise n'est pas toujours indispensable dans les cas de responsabilité professionnelle.

Dans un autre arrêt, *Fournier & Papillon Ltée c. Simard*, [1987] R.R.A. 566, la Cour d'appel n'a pas mis en doute l'admissibilité du témoignage d'un notaire expert, bien qu'elle ait conclu à la faute du notaire. Le juge LeBel évalue ainsi le témoignage de l'expert, à la p. 569:

Appuyé par le témoignage d'un expert, le notaire André Cossette, ancien président de la Chambre des notaires et praticien de longue expérience, l'intimé [le notaire] soutint que cette façon de faire les choses était conforme aux normes d'une pratique moyenne et considérée comme prudente. [Je souligne.]

La même approche a été adoptée en common law, comme en témoigne le jugement de notre Cour dans *Central Trust*, précité, où le juge Le Dain aborde ainsi la question, aux pp. 210 et 211:

Deux avocats [. . .] ont témoigné concernant leur pratique et celle d'autres avocats dans les opérations immobilières mettant en jeu des sociétés. . . .

La Division d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en faisant abstraction du témoignage de M<sup>e</sup> Fordham [l'un des deux avocats] . . .

Avec égards, je suis d'accord avec la conclusion de la Division d'appel sur la question de la négligence.

Le juge, cependant, reste l'arbitre final et n'est pas lié par le témoignage des experts. Comme l'écrit

“De la preuve par expert: la jurisprudence” (1980), 40 *R. du B.* 652, writes, at p. 656:

[TRANSLATION] While the expert acting as a witness will clarify matters for the jury or the court, *his testimony is not binding on them*. The courts have repeatedly emphasized this. [Emphasis in original; references omitted.]

It is particularly so as regards professional liability, where an expert's evidence is not binding on the precise question of law which the judge is called upon to decide. This is the domain of the judge.

Professors Bernardot and Kouri, *La responsabilité civile médicale* (1980), at No. 27, p. 17, stress this point:

[TRANSLATION] We said earlier that the expert was a specialist and the judge a layman. This is true in the medical field. It is no longer true in the legal field. What is the function of an expert? It is to inform the judge about the facts, to tell him exactly what “is known by science” in a particular case. At this level the judge cannot disregard the information given. It is imposed on him, in the sense that he cannot ignore it. However, when the expert's task is over, that of the judge begins. He must transpose the facts into law, and here it is usual for the judge to enjoy complete freedom. [Emphasis added.]

Here, before affixing liability, the trial judge had to decide whether the judgment rendered on the giving in payment action had the authority of *res judicata*. Expert evidence was neither necessary nor relevant to such determination. It was only at the second step that such evidence became relevant, i.e., in the assessment of notarial practice, and it is that course which the judge rightly followed, in my opinion.

Having said that, was the judge also right in concluding that the error of law committed by the appellant notary constituted a fault entailing liability?

Jean-Paul Landry, dans son article «De la preuve par expert: la jurisprudence» (1980), 40 *R. du B.* 652, à la p. 656:

<sup>a</sup> Si l'expert agissant comme témoin doit éclairer le jury ou la cour, *il ne les lie cependant pas*. C'est avec insistance que les juges reviennent là-dessus. [En italique dans l'original; références omises.]

<sup>b</sup>

<sup>c</sup> Il en va particulièrement ainsi en matière de responsabilité professionnelle, où le témoignage d'un expert ne lie pas quant à la question de droit précise que le juge est appelé à trancher. Cette question relève du domaine du juge.

<sup>d</sup> Les professeurs Bernardot et Kouri insistent sur ce point dans *La responsabilité civile médicale* (1980), au n° 27, p. 17:

<sup>e</sup> Nous avons dit précédemment que l'expert était un spécialiste et le juge un profane. Ceci est vrai dans le domaine médical. Ce ne l'est plus dans le domaine juridique. Or quelle est la tâche de l'expert? Précisément de renseigner le juge au niveau des faits, de lui dire exactement dans un cas précis en quoi consistent «les données acquises de la science». À ce niveau le juge ne peut pas faire abstraction des informations données. Elles s'imposent à lui, en ce sens qu'il ne peut les ignorer. Mais au moment où la tâche de l'expert est terminée, celle du juge commence. C'est à lui de transposer le fait au droit. Et là, il est normal que le juge jouisse d'une complète liberté. [Je souligne.]

<sup>f</sup>

<sup>g</sup> En l'espèce, le juge de première instance devait, avant de déterminer la responsabilité, décider si le jugement rendu dans l'action en dation en paiement avait l'autorité de la chose jugée. À cette fin, la preuve d'expert n'était ni nécessaire ni pertinente. Ce n'est qu'à la deuxième étape que cette preuve est devenue pertinente, soit aux fins de l'évaluation de la pratique notariale, et c'est la voie qu'a suivie le juge, à juste titre selon moi.

<sup>h</sup>

<sup>i</sup> Cela dit, le juge avait-il également raison de conclure que l'erreur de droit commise par le notaire appelant constituait une faute engageant sa responsabilité?

<sup>j</sup>

B) *Liability*

Liability must be assessed bearing in mind the principles governing professional liability discussed earlier. Whether liability is grounded on contract or on delict (in this case, the contract), the obligation is one of means, not of result, and a simple error of law will not necessarily entail liability. Given that the appellant notary made an error of law when advising the respondents, it is now necessary to examine the common notarial practice in Quebec at the time, as disclosed by uncontradicted evidence, and to determine whether this practice shields the appellant notary from liability.

There appears to be little doubt that common notarial practice, at the time that the appellant advised the respondents, would have led to the conclusion that there was a defect in the vendor's title and that such defect was not cured by the judgment granting ownership to the Caisse. Notary Giroux, who was later consulted by the respondents, described in his testimony how he arrived at the same conclusion as the appellant:

[TRANSLATION] A. Which I did. So I went, I checked the index of immoveables, I consulted the deeds, I consulted the books of reference, the cadastral plans and I found that in fact the title—personally—that I would not have given perfect title to it, if you like, simply as a matter of current practice; to tell him, to shield him from all professional liability, I made these reservations in my title report. And then he [the respondent] asked me what the consequence was, and I told him: "You will never get a loan on it".

A . . . the reservations were that it was Paul Leclerc who had granted a hypothec, though the title belonged to Paul Leclerc Inc.; that the lot had been registered in the name of Paul Leclerc Inc. and the hypothec was granted to Paul Leclerc, and the chain of title started at that point. Then as a consequence of that hypothec, in my opinion, the hypothec was not granted by the owner of the thing.

Q. So, in your view, that vitiated the title?

B) *La responsabilité*

La responsabilité doit être évaluée en tenant compte des principes, examinés précédemment, qui régissent la responsabilité professionnelle. Que la responsabilité soit d'origine contractuelle ou délictuelle (en l'espèce, contractuelle), l'obligation en est une de moyens, non de résultat, et une simple erreur de droit n'entraînera pas nécessairement la responsabilité. Étant donné que le notaire appelant a commis une erreur de droit en conseillant les intimés, il faut maintenant examiner quelle était la pratique notariale courante au Québec à cette époque, telle qu'elle ressort de la preuve non contredite, et de déterminer si cette pratique met le notaire appelant à l'abri de la responsabilité.

Il apparaît peu douteux qu'à l'époque où l'appelant a conseillé les intimés, la pratique notariale courante aurait mené à la conclusion qu'il y avait un vice dans le titre du vendeur et que ce vice n'avait pas été effacé par le jugement conférant la propriété à la Caisse. Le notaire Giroux, qu'avaient subséquemment consulté les intimés, a expliqué comment il en était arrivé à la même conclusion que l'appelant:

R. Ce que j'ai fait. Disons que je me suis rendu, j'ai vérifié l'index aux immeubles, j'ai consulté les actes, j'ai consulté les livres de renvoi, les plans de cadastre et j'ai constaté qu'effectivement, le titre, personnellement, que je n'aurais pas donné un titre parfait là-dessus, si on veut, dans la pratique courante tout simplement; de lui dire, de le dégager complètement de responsabilité professionnelle, où j'émets ces réserves dans mon rapport de titres. Et puis il [l'intimé] m'a demandé quelle était la conséquence, j'ai dit: «Vous aurez jamais un prêt là-dessus.»

R. . . les réserves c'est que c'était Paul Leclerc qui avait consenti une hypothèque alors que le titre de propriété appartenait à Paul Leclerc Inc.; que le lot avait été cadastré au nom de Paul Leclerc Inc. et l'hypothèque a été consentie à Paul Leclerc et la filiation des titres se fait à partir de ce moment-là. Alors suite à cette hypothèque-là, c'est mon avis, l'hypothèque n'a pas été consentie par le propriétaire de la chose.

Q. Donc, à votre avis, ça viciait les titres?

A. That's right.

The opinion of the expert, notary Demers, is to the same effect. In his written report submitted at trial, the pertinent passages read:

[TRANSLATION] After examining the title to this immovable property since the deed registered as No. 515,049 (sale by John E. Morrow to Paul Leclerc), we also conclude that the Caisse Populaire de Saint-François d'Assise de Québec did not have a good and valid hypothec on the immovable property from the deed of obligation registered as No. 874,806, since that hypothec had not been granted to it by a person who could alienate the hypothecated immovable.

Article 2037 of the Civil Code provides that:

“Conventional hypothec can only be granted by those who are capable of alienating the immovables which are subject to it; saving the provisions of special enactments concerning *Fabriques*.”

It is the owner who is “capable of alienating”.

In our view, a creditor's right to give sixty days' notice on the basis of an invalid deed of hypothec is open to question; even more questionable is his right to obtain judgment declaring him owner under the exercise of the giving in payment clause contained in the invalid deed of obligation respecting this immovable.

We do not feel that the judgment on giving in payment could have conveyed good title to the Caisse Populaire Saint-François d'Assise de Québec and the mere fact that there was no appeal from this judgment cannot ameliorate it.

In carrying out his instructions, the notary Dorion was required to inform the parties of any defects he might find in the title and to be sure himself that the title was valid before concluding the deed. We feel that the notary Dorion acted properly, prudently and in the best possible way in the circumstances. The defect of title he found justified him in giving the advice he gave in his letter of May 22, 1987. We consider that the defect in title was sufficient to justify his actions. In the same circumstances, we would have given the same opinions. [Emphasis in original.]

It is clear from the above that neither the appellant nor witnesses Giroux and Demers gave serious thought to the effect of *res judicata*. None of them analyzed that issue in depth, but rather appear to have

R. C'est ça.

L'opinion de l'expert, le notaire Demers, va dans le même sens. Voici les passages pertinents de son rapport présenté à l'audience:

Après avoir examiné les titres de cet immeuble depuis l'acte enregistré sous le numéro 515,049 (vente John E. Morrow à Paul Leclerc), nous concluons également que la Caisse Populaire de Saint-François d'Assise de Québec n'avait pas une bonne et valable hypothèque sur l'immeuble suivant l'acte d'obligation enregistré sous le numéro 874,806 puisque cette hypothèque ne lui avait pas été consentie par une personne capable d'aliéner l'immeuble hypothéqué.

L'article 2037 du Code civil édicte que:

«Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent, sauf les dispositions spéciales relatives aux fabriques.»

Or c'est le propriétaire qui a la «capacité d'aliéner».

À notre avis on doit mettre en doute le droit d'un créancier de donner un avis de soixante jours sur la foi d'un acte d'hypothèque sans effet. À plus forte raison doutons-nous de son droit d'obtenir jugement le déclarant propriétaire en vertu de l'exercice de la clause de dation en paiement comprise dans l'acte d'obligation sans effet quant à cet immeuble.

Nous ne croyons pas que le jugement sur dation en paiement ait pu accorder à la Caisse Populaire Saint-François d'Assise de Québec un titre valable et le seul fait qu'il n'y ait pas eu d'appel de ce jugement ne peut le rendre meilleur.

Dans l'exercice de son mandat, le notaire Dorion devait informer les parties des vices qu'il pouvait déceler dans les titres et s'être lui-même convaincu de la validité du titre avant de passer l'acte. Nous croyons que le notaire Dorion a agi sagement, prudemment et de la manière la plus adéquate dans les circonstances. Le vice de titre qu'il a relevé le justifiait de donner le conseil qu'il a exprimé dans sa lettre du 22 mai 1987. Nous estimons que le défaut dans les titres était suffisant pour justifier son comportement. Dans les mêmes circonstances, nous aurions donné les mêmes avis. [Souligné dans l'original.]

Il ressort clairement de ce qui précède que ni l'appelant ni les témoins Giroux et Demers ne se sont penchés sérieusement sur l'effet de la chose jugée. Aucun d'eux n'a analysé cette question en profon-



casually dismissed it. One can only speculate as to the reasons for this disregard of a well-known and well-established legal principle.

That the appellant notary acted in accordance with the then general notarial practice does not seem to be contested. Neither the trial judge nor the respondents suggest otherwise. It is not sufficient, however, in my view, that the common professional practice be followed in order to avoid liability. That practice has to be demonstrably reasonable.

Professors Bernardot and Kouri, *op. cit.*, while discussing professional medical liability, provide an extensive analysis of the role of common professional practice in the determination of fault. At No. 27, pp. 16-17, they assert:

[TRANSLATION] *Judge's discretionary power in determining custom.*—It should not be thought that all professional practice or usage has exonerating effect. The mere fact of observing such practice will not with certainty preclude an adverse civil judgment.

The courts can always refuse to submit to a custom if, for example, it is likely to infringe elementary rules of caution . . . Moreover, while it is true that a practitioner must comply with "what is known by science", we must admit that up to now we have been incomplete. The case law has not limited the physician's obligation to this point, it has always argued that he must:

" . . . give *conscientious and attentive care* and, apart from exceptional cases, care which is consistent with what is known by science" (Cass. Civ., May 20, 1936, D. 1936.1.88).

It is true that the care given may be consistent with common professional practice; but we must not in any way doubt that it is conscientious and attentive. The conjunction "and" is not alternative but cumulative. In other words, even if a doctor practises his profession in accordance with common professional practice, he will be liable to an action for damages if that practice proves

deur; ils paraissent plutôt l'avoir écartée sommairement. On ne peut que s'interroger sur les motifs de ce peu de souci pour un principe juridique bien connu et bien établi.

Que le notaire appelant ait agi en conformité avec la pratique notariale générale de l'époque ne semble pas contesté. Ni le juge de première instance ni les intimés n'ont prétendu le contraire. Cependant, il ne suffit pas, à mon avis, de suivre la pratique professionnelle courante pour échapper à sa responsabilité. Il faut que le caractère raisonnable de cette pratique puisse être démontré.

Dans le cadre de leur examen de la responsabilité professionnelle médicale, les professeurs Bernardot et Kouri, *op. cit.*, font une analyse poussée du rôle que joue la pratique professionnelle courante dans la détermination de la faute. Ils affirment, au n° 27, pp. 16 et 17:

*Pouvoir discrétionnaire du juge dans l'appréciation des us et coutumes.* — Il ne faudrait pas penser que les pratiques ou usages professionnels possèdent toutes les vertus exonératrices. Il ne suffit pas de les respecter pour avoir la certitude d'échapper à toute condamnation civile.

Les tribunaux peuvent toujours se refuser à plier devant un usage si, par exemple, il est de nature à porter atteinte aux règles élémentaires de prudence [. . .] Du reste s'il est vrai qu'un praticien doit se conformer «aux données acquises de la science», nous devons avouer que nous avons été jusqu'à maintenant incomplets. La jurisprudence n'a pas limité l'obligation du médecin à ce point, elle a toujours prétendu que celui-ci doit:

« . . . donner des *soins consciencieux, attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science*» (Cass. Civ. 20 mai 1936, D. 1936.1.88.)

Que les soins administrés soient conformes aux usages professionnels cela est vrai; mais qu'ils soient consciencieux et attentifs nous ne devons point en douter. La conjonction «et» n'est pas alternative mais bien cumulative. En d'autres termes, même si un médecin exerce son activité en conformité avec les usages professionnels, il s'expose à une action en responsabilité

to be defective and constitutes negligence. [Emphasis in original.]

Professor Crépeau, "La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente" (1960), 20 *R. du B.* 433, also in the context of professional medical liability, comments on the distinction between common professional practice and fault, at pp. 480-81:

[TRANSLATION] It seems to us that, like the French courts and the courts of the common law countries, the Quebec courts, especially in an area where human life is at risk, must reserve the right, without making themselves arbiters of medical theory, to decide on the value of common practice, and they definitely cannot tolerate a practice which, though accepted in certain places, nonetheless constitutes professional negligence. [References omitted.]

(See also Professor Crépeau, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, op. cit., at pp. 217-18.)

Similarly, Professor Gérard Mémeteau, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois* (1990), states, at No. 90, p. 57:

[TRANSLATION] The technical information is complemented by the rules of caution and common sense. The difficulty then arises from the fact that reasonable practice may in itself be dangerous, which is an inherent contradiction.

The principle that usual professional practice may not necessarily be prudent and diligent has also been accepted by the courts.

In *Villemure v. Hôpital Notre-Dame*, [1973] S.C.R. 716, as Pigeon J., dissenting, but not on this issue, notes at p. 718, the expert testimony was unanimous:

[T]he three psychiatric experts who testified in this case stated that if they had had the patient under their care, they would have "done exactly the same thing as Dr. Turcot did". No evidence was adduced to contradict this testimony . . . .

The majority of this Court, nonetheless, held the doctor at fault. For the reasons of Choquette J.A., in

s'il s'avère que ces usages présentent des défauts et sont constitutifs de négligence. [En italique dans l'original.]

Toujours dans le contexte de la responsabilité professionnelle médicale, le professeur Crépeau, dans «La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente» (1960), 20 *R. du B.* 433, fait l'observation suivante, aux pp. 480 et 481, sur la distinction entre pratique professionnelle courante et faute:

Il nous semble en effet que les tribunaux québécois, comme les tribunaux français et ceux des pays du common law, doivent, surtout dans un domaine où la vie des hommes est en jeu, se réserver le droit, sans pour autant s'ériger en arbitres des théories médicales, de juger la valeur des usages courants, et ils ne sauraient tolérer un usage qui, pour être accepté en certains lieux, n'en est pas moins constitutif de négligence professionnelle. [Références omises.]

(Voir également l'ouvrage du professeur Crépeau, *La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier*, op. cit., aux pp. 217 et 218.)

De même, le professeur Gérard Mémeteau, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois* (1990), affirme au n° 90, p. 57:

Aux données techniques s'ajoutent les règles de prudence et de bon sens. La difficulté naît alors de ce que des usages du bon père de famille pourraient être en eux-mêmes dangereux, ce qui constitue une contradiction interne.

Le principe voulant que la pratique professionnelle courante ne soit pas nécessairement prudente et diligente est également reconnu par les tribunaux.

Dans l'arrêt *Villemure c. Hôpital Notre-Dame*, [1973] R.C.S. 716, le juge Pigeon, dissident, mais non sur cette question, souligne, à la p. 718, que les témoignages d'experts étaient unanimes:

[L]es trois experts psychiatres qui ont témoigné en cette cause ont déclaré que s'ils avaient eu le patient sous leurs soins, ils auraient «fait absolument la même chose que le docteur Turcot a faite». Aucune preuve n'a été apportée à l'encontre de ces témoignages . . . .

Notre Cour, à la majorité, a néanmoins conclu à la faute du médecin. Pour les raisons données par le

the Court of Appeal, the Court restored the judgment of Challies C.J. at first instance, adopting that part of his reasons quoted by Choquette J.A., [1970] C.A. 538, at p. 539:

The Court is unable to accept the opinion of Doctors Fortin and Saucier. It may be that they would have done exactly what Dr. Turcot did. Had they done so, in the opinion of the Court they would have been wrong and negligent. It is no answer to say it is impossible absolutely to prevent a person from committing suicide unless he is placed in a straight jacket. This of course is obvious. But it is surely possible to prevent him from committing suicide for 30 hours and until a sufficient investigation has been made into his condition to be able more accurately to diagnose his true situation. . . . The facts as proven of what happened prior to the entry into the hospital, coupled with the incidents in the hospital, indicate to the Court rather a situation which should have made both Dr. Turcot and the nurses take particular care of the deceased. [Emphasis added.]

In the case of *G. v. C.*, [1960] Que. Q.B. 161, where forceps or clamps were left by the doctor in the abdominal cavity of a patient during an operation, Taschereau J.A., while considering common medical practice at the time, found that it nevertheless did not excuse the doctor's fault, at p. 167:

[TRANSLATION] The defendant [doctor] rightly said that it was not the practice in Québec hospitals in 1950 to count hemostatic forceps. However, that could not excuse the defendant for failing to take a precaution dictated by the most elementary prudence. [Emphasis added.]

This brief overview of both doctrine and jurisprudence indicates that courts have discretion to assess liability despite uncontradicted evidence of common professional practice at the relevant time. The standard, in regard to the particular facts of each case, must still be that of a reasonable professional in such circumstances.

It may very well be that the professional practice reflects prudent and diligent conduct. One would hope that if a certain practice has developed amongst professionals in regard to a particular professional

juge Choquette de la Cour d'appel, la Cour a rétabli le jugement du juge en chef Challies de première instance, en faisant sienne la partie de ses motifs que cite le juge Choquette, [1970] C.A. 538, à la p. 539:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] La Cour ne peut accepter l'opinion des docteurs Fortin et Saucier. Il se peut qu'ils auraient agi exactement comme l'a fait le docteur Turcot. En eût-il été ainsi qu'ils auraient été, selon la Cour, fautifs et négligents. Ce n'est pas une réponse que de soutenir <sup>b</sup> qu'il est impossible d'empêcher absolument une personne de se suicider, à moins qu'elle ne soit mise dans une camisole de force. Cela est, bien entendu, évident. Mais il est certainement possible de l'empêcher de se suicider pendant 30 heures et jusqu'à ce qu'un examen <sup>c</sup> suffisant ait été fait de son état afin d'être en mesure d'arriver à un diagnostic plus précis. [. . .] Les faits qui ont été établis au sujet de ce qui s'est produit avant l'entrée à l'hôpital, ajoutés aux incidents survenus dans l'hôpital même, indiquent à la Cour que la situation <sup>d</sup> était plutôt une qui aurait dû inciter le docteur Turcot et les infirmières à prendre particulièrement soin du défunt. [Je souligne.]

Dans l'affaire *G. v. C.*, [1960] B.R. 161, où le médecin avait laissé des forceps ou des pinces dans la cavité abdominale d'un patient pendant l'opération, le juge Taschereau de la Cour d'appel a estimé, à la p. 167, que la pratique médicale courante à l'époque n'excusait pas la faute du médecin:

<sup>f</sup> Le défendeur [médecin] a raison de soutenir qu'on n'avait pas l'habitude, dans les hôpitaux de Québec, en 1950, de faire le compte des pinces hémostatiques. Cela, cependant, ne saurait excuser le défendeur d'avoir omis de prendre une précaution que la plus élémentaire prudence indiquait. [Je souligne.]

<sup>g</sup> Il ressort de cette brève revue de la doctrine et de la jurisprudence que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la responsabilité, malgré <sup>h</sup> l'existence d'une preuve non contredite quant à la pratique professionnelle courante à l'époque en question. La norme doit toujours être, compte tenu des faits particuliers de chaque espèce, celle du professionnel raisonnable placé dans les mêmes circonstances. <sup>i</sup>

<sup>j</sup> Il se peut fort bien que la pratique professionnelle soit le reflet d'une conduite prudente et diligente. On peut, en effet, espérer qu'une pratique qui s'est développée parmi les professionnels relativement à un

act, such practice is in accordance with a prudent course of action. The fact that a professional has followed the practice of his or her peers may be strong evidence of reasonable and diligent conduct, but it is not determinative. If the practice is not in accordance with the general standards of liability, i.e., that one must act in a reasonable manner, then the professional who adheres to such a practice can be found liable, depending on the facts of each case.

It may happen that the question of law facing the notary is a controversial one. In such case, the notary cannot be faulted for choosing one method or theory over another, so long as the choice is reasonable. In *Coronation Credit Corp. v. Giasson*, Sup. Ct. Haute-ri-ve, No. 05-000-050-75, May 3, 1979 (summarized in J.E. 79-546), confirmed on appeal, C.A. Québec, No. 200-09-000363-793, July 12, 1982, Philippon J. held, at p. 12, that the notary was not at fault, although the notary opted for a theory which was later rejected:

[TRANSLATION] It thus follows that two arguments could be opposed, the first that waiver of the hypothecary priority necessarily implies waiver of everything which could interfere with the exercise of that priority; the second, which is now accepted, is that a right cannot be waived vaguely or by implication, and when doing so the person must have the right being waived clearly in mind.

(See also Marquis, *La responsabilité civile du notaire officier public*, op. cit., at p. 36; Tremblay, op. cit., at pp. 193-94; and Marquis, "Appréciations judiciaires de la conduite professionnelle de notaires" (1987), 89 *R. du N.* 597, at p. 620.)

The issue of *res judicata*, which is at the heart of this case, while fraught with difficulties, is not a controversial issue in the legal field. The law is well settled. While its application to the facts of each case may require a thorough analysis, this is what is expected of a legal practitioner, whether a lawyer or a notary. In the case at bar, the facts did not present particular difficulties in assessing the principle of *res judicata*. The notarial practice as regards title searches, as established at trial, cannot be characterized as reasonable and diligent, given the clear state

acte professionnel donné témoigne d'une façon d'agir prudente. Le fait qu'un professionnel ait suivi la pratique de ses pairs peut constituer une forte preuve d'une conduite raisonnable et diligente, mais ce n'est pas déterminant. Si cette pratique n'est pas conforme aux normes générales de responsabilité, savoir qu'on doit agir de façon raisonnable, le professionnel qui y adhère peut alors, suivant les faits de l'espèce, engager sa responsabilité.

Il est possible que la question de droit dont est saisi le notaire soit controversée. En pareil cas, le notaire ne peut être fautif pour avoir choisi une méthode ou une théorie plutôt qu'une autre, dans la mesure où ce choix est raisonnable. Dans la décision *Coronation Credit Corp. c. Giasson*, C.S. Haute-ri-ve, n° 05-000-050-75, 3 mai 1979 (résumée dans J.E. 79-546), confirmée en appel, C.A. Québec, n° 200-09-000363-793, 12 juillet 1982, le juge Philippon a conclu, à la p. 12, que le notaire n'avait pas commis de faute même s'il avait opté pour une théorie qui, par la suite, a été rejetée:

Il faut donc tirer la conclusion que deux thèses pouvaient alors s'affronter, la première voulant que la renonciation à la priorité d'hypothèque implique nécessairement la renonciation à tout ce qui pouvait entraver l'exercice de cette priorité; la deuxième, qui prévaut aujourd'hui à l'effet qu'on ne peut renoncer vaguement ou implicitement à un droit et qu'il faut, quand on le fait, avoir à l'esprit et avec précision le droit auquel on renonce.

(Voir également Marquis, *La responsabilité civile du notaire officier public*, op. cit., à la p. 36, Tremblay, *loc. cit.*, aux pp. 193 et 194, et Marquis, «Appréciations judiciaires de la conduite professionnelle de notaires» (1987), 89 *R. du N.* 597, à la p. 620.)

Quoique semée d'embûches, la question de la chose jugée, qui est au cœur du présent litige, n'est pas une question controversée dans le domaine juridique. Le droit est en effet bien établi à ce sujet. Bien que son application aux faits de chaque espèce puisse nécessiter une analyse approfondie, c'est là la démarche qu'on attend d'un praticien du droit, qu'il soit avocat ou notaire. Dans la présente affaire, les faits ne présentaient pas de difficultés particulières eu égard à l'appréciation du principe de la chose jugée. La pratique notariale en matière de recherche de

of the law then, nor can the casual way in which the issue of *res judicata* was dealt with be condoned.

The appellant notary was consulted by the respondents primarily for a legal opinion as to the vendor's title, an essential condition of the granting of their loan by the bank. This was the notary's main contractual obligation towards the respondents, one of means only but one that he had the duty to fulfill in a prudent and diligent manner. It was not sufficient for the appellant notary, after consulting the index of immoveables, cadastral plans, and the books of reference, to simply conclude as regards the judgment obtained by the Caisse:

[TRANSLATION] As the hypothecary deed in question was granted by a person other than the registered owner, this hypothec was null and void and the judgment could not give more than the hypothec was worth.

The notary, obliged to provide a legal opinion as to title, was thus expected to verify and understand the effects of judgments on title. The judgment obtained by the Caisse had to be reviewed by the notary in order to assess its impact on the vendor's title to the immoveable property in question. The appellant notary's opinion about the effect of the judgment obtained by the Caisse was based on an unreasonable interpretation of the applicable law, whatever may have been the notarial practice at the time in Quebec. Further, that practice was not in accordance with a reasonable and diligent course of conduct. This is the conclusion reached by the trial judge:

[TRANSLATION] Where the notary Demers errs, with the greatest respect, is when he says that in his opinion the giving in payment judgment could not have conveyed a valid title to the Caisse populaire St-François d'Assise de Québec. It is apparent that M<sup>e</sup> Demers . . . regards the judgment as having no effect: this becomes even clearer when he says that "the mere fact that there was no appeal from this judgment cannot ameliorate it". What we have said about M<sup>e</sup> Dorion's opinion applies equally to M<sup>e</sup> Demers's opinion. The same is true of the

titres, telle que la preuve en a été établie au procès, ne saurait donc être qualifiée de raisonnable et diligente compte tenu de la clarté du droit à cette époque, pas plus qu'on ne saurait excuser le traitement superficiel accordé à la question de la chose jugée.

C'est d'abord et avant tout en vue d'obtenir une opinion juridique sur le titre du vendeur, condition essentielle à l'obtention d'un prêt de la banque, que les intimés ont consulté le notaire appelant. C'était là la principale obligation contractuelle du notaire envers les intimés, une obligation de moyens, mais qu'il avait le devoir de remplir d'une manière prudente et diligente. Il ne suffisait pas qu'après avoir consulté l'index des immeubles, les plans cadastraux et les livres de renvoi, le notaire appelant conclue simplement, en ce qui concerne le jugement obtenu par la Caisse:

L'acte hypothécaire en question ayant été consenti par une personne autre que le propriétaire enregistré, cette hypothèque était donc nulle et le jugement ne pouvait donner plus que ce que valait cette hypothèque.

Tenu de donner une opinion juridique quant au titre, le notaire se devait donc de vérifier et de comprendre les effets des jugements portant sur ce titre. Il lui incombait d'examiner le jugement obtenu par la Caisse pour en évaluer les conséquences sur le titre du vendeur par rapport au bien immobilier en question. Or l'opinion du notaire appelant sur l'effet du jugement obtenu par la Caisse est fondée sur une interprétation déraisonnable du droit applicable, quelle qu'ait pu être la pratique notariale en vigueur à cette époque au Québec. Par surcroît, cette pratique n'était pas conforme à une ligne de conduite raisonnable et diligente. C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge de première instance:

Là où le notaire Demers fait erreur, et nous le disons avec le plus grand respect, c'est lorsqu'il affirme qu'à son avis le jugement sur dation en paiement n'a pu accorder à la Caisse populaire St-François d'Assise de Québec un titre valable. On voit que Me Demers [ . . . ] ne reconnaît aucun effet au jugement: cela devient encore plus manifeste lorsqu'il affirme que «le seul fait qu'il n'y ait pas eu d'appel de ce jugement ne peut le rendre meilleur». Ce que nous avons dit au sujet de l'opinion de Me Dorion s'applique également à l'opinion de Me Demers. Il en va de même de la conclusion à laquelle nous en sommes arrivés que le jugement du

conclusion we have reached that the judgment of July 17, 1980 gave the caisse populaire good and valid title.

Additionally, we cannot share the opinion of the notary Demers when he says that the notary Dorion “acted properly, prudently and in the best possible way in the circumstances” and that “the defect in title he found justified his giving the advice he gave in his letter of May 22, 1987”. The defect referred to here was not a defect.

Later, the trial judge adds:

[TRANSLATION] In the course of his search the defendant in warranty [the appellant] concluded that the hypothec granted by Paul Leclerc was null and void, and that accordingly the judgment was as well, since in reality he gave the judgment no more value than the hypothec, which was a mistaken conclusion of law in the circumstances. Me Dorion could not be unaware of the provisions of the first paragraph of art. 1241 C.C.[L.C.]. In performing his duty as legal counsel for the plaintiffs [the respondents], he should have taken his research further and considered whether the judgment of July 17, 1980 had any effect in law, rather than simply concluding that the judgment was vitiated merely by the fact that the hypothec granted by Paul Leclerc to the Caisse populaire was null and void. [Emphasis added.]

I agree. The failure to consider the authority of *res judicata* in such matters is unreasonable, whether or not it is common notarial practice. While the appellant was right in pointing out the defect in the deed of loan, he was wrong in not properly assessing the effect of the judgment obtained by the Caisse on the vendor's title. That error of law was unreasonable and constitutes a fault on the facts of this case.

Further, in the present case, a promise of sale had already been signed when the respondents consulted the appellant notary. It appears from the evidence that the respondents were not advised of the possible legal repercussions pursuant to a decision not to proceed with the sale; in particular, they were not advised of the likelihood of legal action by the vendor. The necessity to advise clients of the juridical consequences of their actions is clearly an aspect of the notarial duty to counsel (see Marquis, *La responsabilité civile du notaire officier public*, op. cit., at

17 juillet 1980 conférait à la caisse populaire un titre bon et valable.

Par ailleurs, nous ne pouvons partager l'opinion du notaire Demers lorsqu'il affirme que le notaire Dorion «agi sagement, prudemment et de la manière la plus adéquate dans les circonstances» et que «le vice de titre qu'il a relevé le justifiait de donner le conseil qu'il a exprimé dans sa lettre du 22 mai 1987». Le vice auquel on fait référence ici n'en était pas un.

Le juge ajoute plus loin:

Au cours de son examen, le défendeur en garantie [l'appelant] en est arrivé à la conclusion que l'hypothèque consentie par Paul Leclerc était nulle et que, partant, le jugement l'était aussi puisque, à la vérité, il n'accordait pas au jugement plus de valeur que l'hypothèque, ce qui était une conclusion erronée en droit dans les circonstances. Me Dorion ne pouvait ignorer les dispositions du premier alinéa de l'article 1241 C.C.[L.C.]. Dans l'exercice de son devoir de conseiller juridique des demandeurs [les intimés], il eût dû pousser plus avant sa recherche et se demander si le jugement du 17 juillet 1980 avait en droit quelque effet plutôt que de conclure sans plus que le jugement était entaché de nullité du seul fait que l'hypothèque consentie par Paul Leclerc à la Caisse populaire était nulle. [Je souligne.]

Je partage cet avis. L'omission de prendre en considération l'autorité de la chose jugée en pareil cas est déraisonnable, peu importe qu'il s'agisse ou non d'une pratique notariale courante. Bien que l'appelant ait eu raison de souligner le vice dont était entaché l'acte de prêt, il a eu tort de ne pas évaluer soigneusement l'effet du jugement obtenu par la Caisse sur le titre du vendeur. Cette erreur de droit était déraisonnable et constitue une faute au regard des faits de la présente affaire.

De plus, une promesse de vente avait ici déjà été signée lorsque les intimés sont allés consulter le notaire appellant. Il appert de la preuve que les intimés n'ont pas été avisés des répercussions légales que pourrait avoir une décision de ne pas donner suite à la vente; ils n'ont pas été avisés, en particulier, de la probabilité que le vendeur intente une action en justice. Or, la nécessité d'informer ses clients des conséquences juridiques de leurs actions est manifestement un aspect du devoir de conseil qui incombe au notaire (voir Marquis, *La responsabilité civile du notaire*

p. 32), and the failure to give such advice constitutes a breach of the appellant's obligations towards the respondents.

Notwithstanding the above conclusion, I wish to touch on another point raised by the appellant. He submits that, in the present case, his duty was two-fold. First, he had to complete a title search and advise the prospective purchasers. Second, if the appellant concluded that the title was valid, he would then have to pass the act for the financial institution which would be lending money on the security of a hypothec on the property. This is done according to the following certificate, cited by Jean Gagnon, *L'examen des titres immobiliers* (1987), at p. 5:

[TRANSLATION] SEARCHER'S CERTIFICATE

I, the undersigned, a practising notary, declare on my oath of office that I have prepared this report on the borrower's title from the declarations, title deeds and other documents provided by the borrower together with any necessary research at the registry office. I have carefully examined these title deeds and have familiarized myself with the hypothecary situation and the borrower's ownership right, and I consider that once the loan contract has been registered, ABC Inc. will have a good and valid first hypothec on the property described in title I, which the borrower owns by good and valid title which in our opinion is absolute.

The appellant thus claims that, in case of doubt as to the validity of title, it would be reasonable to express caution to the prospective purchasers, since a reasonable notary would not be able, in good faith, to endorse such a stringent declaration to the financial institution.

In situations where doubt regarding validity of title is justified, this argument may have some merit. What may be a small hesitation with regard to prospective purchasers may be a barrier to the notary, who must assert under oath that the title is good and valid and that the financial institution possesses a good and valid hypothec of first rank. The difference between the two obligations, may, in some cases, require additional caution in a notary's advice to his or her clients. This case, however, does not fall into this category. There was no doubt as to the validity of title, given the authority of *res judicata*. A reasonable

*officier public, op. cit.*, à la p. 32), et l'omission de le faire constitue un manquement aux obligations de l'appelant envers les intimés.

Nonobstant la conclusion ci-dessus, je désire aborder un autre point soulevé par l'appelant. Ce dernier soutient qu'en l'espèce, son devoir était double. En premier lieu, il devait effectuer une recherche de titres et conseiller les éventuels acheteurs. En second lieu, il devait, dans l'hypothèse où il aurait conclu à la validité du titre, passer l'acte pour l'institution financière qui consentirait le prêt garanti par une hypothèque grevant l'immeuble. On utilise à cette fin le certificat suivant, reproduit par Jean Gagnon dans *L'examen des titres immobiliers* (1987), à la p. 5:

CERTIFICAT DE L'EXAMINATEUR

Je, soussigné, notaire en exercice, déclare sous mon serment d'office que j'ai rédigé le présent rapport sur les titres de l'emprunteur d'après les déclarations, titres et autres pièces fournis par l'emprunteur et complété par toutes recherches nécessaires au bureau d'enregistrement. J'ai soigneusement examiné ces titres de propriété, et je me suis rendu compte par moi-même de la situation hypothécaire, et du droit de propriété de l'emprunteur et je suis d'opinion qu'une fois le contrat de prêt enregistré, ABC Inc. aura une bonne et valable première hypothèque sur la propriété décrite au titre I que l'emprunteur possède par titre bon, valable et à notre avis incontestable.

L'appelant fait en conséquence valoir qu'en cas de doute quant à la validité du titre, il serait raisonnable de mettre en garde les acheteurs éventuels, étant donné qu'un notaire raisonnable ne pourrait, de bonne foi, endosser une déclaration aussi stricte envers l'institution financière.

Dans des situations où il est justifié de douter de la validité du titre, cet argument peut avoir un certain mérite. Ce qui peut n'être, pour des acheteurs éventuels, qu'une légère hésitation, peut, en effet, constituer un obstacle pour le notaire qui doit affirmer sous serment que le titre est bon et valable et que l'institution financière possède une bonne et valable hypothèque de premier rang. La différence entre les deux obligations peut, dans certains cas, exiger que le notaire redouble de prudence en conseillant ses clients. Toutefois, la présente affaire ne tombe pas dans cette catégorie. Il n'existait aucun doute, en

interpretation of the law and review of the presumption of *res judicata* would have resulted in no hesitation towards either the respondents or the financial institution as to the validity of the vendor's title. In any event, the appellant notary did not even express a doubt when he categorically asserted that the vendor's title was vitiated and advised his clients not to purchase the property.

I would therefore conclude that, even if the appellant notary acted in accordance with common notarial practice at the time, his failure to consider the effect of *res judicata* constituted a fault, i.e., a course of action which a reasonable, diligent, and prudent notary would not have taken. That fault will, however, entail liability only if damage and causation can be proven. Since damages are admitted, there remains the issue of causation.

### C) Causation

In most contractual relationships, the issue of causation rarely surfaces. If it can be demonstrated that one of the parties failed to perform a contractual obligation, and that damage was suffered, it is usually evident that it was the contracting party who "caused" the damage. In this case, however, some question was raised, in oral argument, since the legal opinion given by notary Giroux, the notary subsequently sought by the respondents, confirmed that of the appellant. As the respondent Roberge said in his testimony:

[TRANSLATION] We on our part asked the notary Giroux—we wanted to have a second (2nd) specialist in the matter, to give his verdict on . . . to study the title and give us his assessment. His assessment was exactly the same as that of the notary Dorion, namely that it was better to withdraw from the matter as the record was imperfect and it would be impossible to take possession of the property within a reasonable time.

effet, quant à la validité du titre, étant donné l'autorité de la chose jugée. Une interprétation raisonnable du droit et un examen de la présomption de chose jugée auraient permis de dissiper tout doute, quant à la validité du titre du vendeur, tant à l'égard des intimés que de l'institution financière. À tout événement, le notaire appelant n'a même pas formulé le moindre doute lorsqu'il a catégoriquement affirmé que le titre du vendeur était vicié et qu'il a conseillé à ses clients de ne pas acheter l'immeuble.

J'en viens, par conséquent, à la conclusion que, même si le notaire appelant a agi en conformité avec la pratique notariale courante à l'époque, son défaut de prendre en considération l'effet de la chose jugée constituait une faute, c'est-à-dire une ligne de conduite que n'aurait pas adopté un notaire raisonnable, diligent et prudent. Cette faute, cependant, n'engagera la responsabilité que si l'on peut prouver l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité. Puisque les dommages sont admis, reste la question de la causalité.

### C) Causalité

Dans la plupart des relations contractuelles, la question de la causalité fait rarement surface. Si l'on peut démontrer que l'une des parties n'a pas exécuté une obligation contractuelle et qu'un dommage en a résulté, il est habituellement évident que c'est la partie contractante qui a «causé» le dommage. Ici, toutefois, certaines questions ont été soulevées, au cours des plaidoiries, étant donné que l'opinion juridique donnée par le notaire Giroux, consulté subséquemment par les intimés, a confirmé l'opinion de l'appellant. Comme l'intimé Roberge l'a dit dans son témoignage:

On a demandé, nous autres, de notre côté, au notaire Giroux, on voulait avoir un deuxième (2<sup>e</sup>) spécialiste dans le dossier, de rendre son verdict sur . . . d'étudier les titres puis de nous donner son appréciation. Son appréciation était exactement la même que celle du notaire Dorion à savoir qu'on était mieux de se retirer du dossier étant donné que le dossier était imparfait et qu'il y avait impossibilité de prendre possession de la propriété dans un délai raisonnable.



At issue then, is whether the decision of the appellant notary is causally linked to the respondents' decision not to purchase the property.

Professor Jean-Louis Baudouin (now of the Quebec Court of Appeal) assesses the general position in Quebec concerning causation in *La responsabilité civile délictuelle* (3rd ed. 1990), at No. 353, pp. 192-93:

[TRANSLATION] The only real constant in all the decisions is the rule that the damage must have been the *logical, direct and immediate* consequence of the fault. This rule, stated many times by the courts, indicates a desire to limit the scope of causation and accept as causal only the event or events having a close logical and intellectual connection with the damage complained of by the victim. [Emphasis in original; references omitted.]

In my view, despite the consultation and opinion of notary Giroux, the appellant's fault is still causally linked to the damage suffered by the respondents.

There is no doubt that it was the appellant's negative opinion as to title that triggered the respondents' decision to seek a second opinion, but only after the receipt of a letter from the vendor's attorney, affirming the vendor's valid title and implying the possibility of legal action. This is made clear by the testimony of respondent Roberge:

[TRANSLATION] A. It was a little later—it was . . . it was on May 19 that I called the notary Giroux. You have to understand that in the meantime we had received a letter also from Me Barma [the vendor's lawyer] which suggested that there could be—in any case, that's how I interpreted it—which indicated that there could be legal action against us if we did not purchase.

A. At that time, as we were also stuck *vis-à-vis* the National Bank, we were between a rock and a hard place, that is, on the one hand we could not purchase and on the other, at the same time, we felt compelled to purchase. The result was that we then asked a second specialist if he would kindly examine the title and give us his assessment.

Il importe donc de savoir s'il y a un lien de causalité entre la décision du notaire appellant et celle des intimés de ne pas acheter l'immeuble.

<sup>a</sup> Le professeur Jean-Louis Baudouin (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec) résume ainsi la position généralement adoptée au Québec en ce qui concerne la causalité, dans son traité *La responsabilité civile délictuelle* (3<sup>e</sup> éd. 1990), au n<sup>o</sup> 353, pp. 192 et 193:

<sup>b</sup> La seule constante véritable de toutes les décisions est la règle selon laquelle le dommage doit avoir été la conséquence *logique, directe et immédiate* de la faute. <sup>c</sup> Maintes fois mise de l'avant par les tribunaux, cette règle révèle un désir de restreindre le champ de la causalité et de ne retenir comme cause que le ou les événements ayant un rapport logique et intellectuel étroit avec le préjudice dont se plaint la victime. [En italique dans <sup>d</sup> l'original; références omises.]

<sup>e</sup> À mon avis, il existe toujours, malgré la consultation et l'opinion qu'a données le notaire Giroux, un lien de causalité entre la faute de l'appelant et le dommage subi par les intimés.

<sup>f</sup> Il ne fait aucun doute que c'est l'opinion négative de l'appelant quant au titre qui a entraîné la décision des intimés de solliciter un second avis. Cependant, ces derniers n'ont pris cette décision qu'après avoir reçu de l'avocat du vendeur une lettre dans laquelle il affirmait que le titre était valide et laissait entrevoir la possibilité d'une action en justice. Cela ressort clairement du témoignage de l'intimé Roberge:

<sup>g</sup> R. C'est un peu plus tard, c'est le . . . c'est le 19 mai que j'ai fait appel au notaire Giroux. Il faut comprendre qu'en cours de route, on avait reçu une lettre aussi de Me Barma [l'avocat du vendeur] qui nous laissait croire qu'il pourrait y avoir—en tout cas, c'est la façon que je l'avais interprété—qui laissait croire qu'il pourrait y avoir des poursuites contre nous si on n'achetait pas.

<sup>i</sup> R. À ce moment-là, étant donné aussi qu'on était bloqué auprès de la Banque Nationale, on s'est retrouvé pris entre l'arbre et l'écorce, à savoir on pouvait pas acheter d'un côté, puis de l'autre côté, en même temps, on se sentait forcé d'acheter. Ça fait que là, à ce moment-là, on a demandé à un deuxième spécialiste de vouloir bien étudier les titres pour nous donner son appréciation.

In the circumstances as revealed by the evidence, one must necessarily conclude that the appellant notary's opinion was the direct, immediate, and logical cause of the respondents' decision not to purchase the property. Had the appellant given proper legal advice, as the respondents testified, they would never have needed to seek a second opinion. The fact that the second legal opinion was also erroneous in law could only have been, on the facts of this case, a ground for legal proceedings against that notary, provided causation could have been established. It cannot affect the causal link between the appellant's fault and the damage suffered by the respondents. The very fact that the appellant alone was sued, and not the second notary, demonstrates that in the respondents' estimation, it was the appellant's opinion that motivated their refusal to purchase the property.

Nor can the opinion of notary Giroux constitute a *novus actus interveniens*. This notion is defined by Baudouin, *op. cit.*, at No. 361, p. 198, as:

[TRANSLATION] . . . the new event, beyond the control of the perpetrator of the fault and breaking the direct connection between the fault and the damage, even if under the system of adequate causation the wrongful act could in itself objectively give rise to the damage and the agent could foresee the consequences thereof. [References omitted.]

The decision to seek the second notary's opinion was in no way independent of the appellant notary's conclusion. In fact, it was completely dependent upon it. The second opinion only confirmed what the appellant had stated, and the only reason that opinion was sought was due to the appellant's fault in concluding that the title was defective.

It is ironic that the respondents are, in a sense, being reproached for taking an appropriate, cautious, course of conduct. Faced with a situation where the opinion of their notary conflicted with that of the vendor, what other choice did they have but to seek a second opinion? The fact that the second notary reached the same conclusion as the appellant does not, in the circumstances of this case, detract from the direct, logical, and immediate effect that the appel-

Vu les circonstances révélées par la preuve, force est de conclure que l'opinion du notaire appelant a été la cause directe, immédiate et logique de la décision des intimés de ne pas acheter l'immeuble. L'appelant aurait-il donné le conseil juridique approprié que les intimés n'auraient jamais, comme ils l'ont affirmé dans leur témoignage, eu besoin de solliciter un second avis. Le fait que cette seconde opinion juridique ait été également erronée en droit n'aurait pu, selon les faits de l'espèce, que donner ouverture à une poursuite contre ce deuxième notaire, à la condition qu'on ait pu faire la preuve de l'existence d'un lien de causalité. Cela ne saurait modifier le lien de causalité existant entre la faute de l'appelant et le dommage subi par les intimés. Le fait même que seul l'appelant ait été poursuivi, et non le second notaire, démontre qu'aux yeux des intimés, c'est bien l'opinion de l'appelant qui a motivé leur refus d'acheter l'immeuble.

L'opinion du notaire Giroux ne saurait constituer non plus un *novus actus interveniens*. Baudouin, *op. cit.*, définit ainsi cette notion au n° 361, p. 198:

. . . l'événement nouveau, indépendant de la volonté de l'auteur de la faute et qui rompt la relation directe entre celle-ci et le préjudice, même si, selon le système de la causalité adéquate, l'acte fautif pouvait à lui seul objectivement provoquer le dommage et l'agent en prévoir les conséquences. [Références omises.]

La décision de solliciter l'opinion d'un second notaire n'était aucunement indépendante de la conclusion à laquelle en était arrivé le notaire appelant. En fait, elle en dépendait entièrement. La seconde opinion n'a fait que confirmer l'opinion de l'appelant et la seule raison pour laquelle cette opinion a été demandée est attribuable à la faute que l'appelant avait commise en concluant que le titre était vicié.

Il est quelque peu ironique, en un sens, de voir les intimés se faire reprocher d'avoir adopté une ligne de conduite appropriée et prudente. Placés dans une situation où l'opinion de leur notaire contredisait celle du vendeur, que pouvaient-ils faire d'autre que de solliciter une seconde opinion? Le fait que le second notaire soit parvenu à la même conclusion que l'appelant n'atténue pas, dans les circonstances de l'espèce, l'effet direct, logique et immédiat que la

lant's fault had on the damage suffered by the respondents. The fault, if any, of the second notary is not in question here. What is not in doubt is that the respondents relied on the appellant notary's conclusion, and it was that fault which was the *causa causans* in the sequence of events which led to the damage suffered by the respondents.

I would thus conclude that the trial judge correctly found the appellant liable for the damage suffered by the respondents. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs throughout.

On the issue of costs, the respondents asked that costs in this court be awarded on a solicitor and client basis, a request left to the discretion of this Court. I will now discuss this issue.

#### Costs

Upon granting leave (Revised order granting leave to appeal, August 10, 1989), this Court confirmed the undertaking by the appellant to assume the costs of the appeal:

... the application for leave to appeal is granted, and the applicant will assume the costs of the appeal in any event.

The order did not, however, provide for solicitor and client costs in favour of the respondents should the appeal be dismissed. These were requested, nonetheless, by counsel for the respondents, both in his factum and in oral argument.

Counsel for the respondents submitted that his clients were not financially able to support the costs of an appeal to this Court. In fact, for this reason, counsel had asked, in a motion filed before this Court on July 11, 1989, for permission to cease representing the respondents. In support of the motion, the respondents filed the following letter:

faute de l'appelant a eu sur le dommage subi par les intimés. La faute du second notaire, s'il en est, n'est pas en cause en l'espèce. Mais ce qui ne fait pas de doute, c'est que les intimés se sont fondés sur la conclusion du notaire appelant, et c'est la faute de ce dernier qui, a été la *causa causans* dans la chaîne des événements qui ont abouti au dommage subi par les intimés.

Je suis donc d'avis de conclure que c'est à juste titre que le juge de première instance a tenu l'appelant responsable du dommage subi par les intimés. En conséquence, je rejetterais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Sur cette dernière question des dépens, les intimés ont demandé que les dépens en notre Cour soient accordés comme entre avocat et client, requête qui a été laissée à notre appréciation. C'est cette question que je vais maintenant examiner.

#### Dépens

Après avoir accordé l'autorisation de pourvoi (ordonnance modifiée d'autorisation de pourvoi, 10 août 1989), notre Cour a confirmé l'engagement qu'avait pris l'appelant d'assumer les dépens du pourvoi:

... la requête en autorisation de pourvoi est accordée et le requérant assumera les dépens du pourvoi quelle qu'en soit l'issue.

Aucune disposition de l'ordonnance, toutefois, ne prévoyait, advenant le rejet du pourvoi, l'adjudication des dépens comme entre avocat et client en faveur des intimés. L'avocat des intimés en a néanmoins fait la demande, tant dans son mémoire que dans sa plaidoirie.

L'avocat des intimés a fait valoir que ses clients n'avaient pas les moyens financiers de supporter les frais d'un pourvoi devant notre Cour. De fait, c'est pour cette raison que l'avocat avait demandé, par requête présentée en notre Cour le 11 juillet 1989, l'autorisation de cesser de représenter les intimés. À l'appui de la requête, les intimés ont produit la lettre suivante:

[TRANSLATION] We wish to inform the Court that our financial resources do not allow us to assume the cost of our defence in the Supreme Court of Canada, and we are not eligible for legal aid or likely to obtain leave to defend *in forma pauperis* pursuant to Rule 47(4) . . . We certainly could not imagine that we would be taken up to the highest court in the country in a proceeding of this type.

Upon the dismissal of the motion by this Court, counsel for the respondents did represent them at the hearing despite the fact that he was aware that his clients would not be able to pay his costs, as he made clear in oral argument:

[TRANSLATION] They [the respondents] have already paid the plaintiff's and the mis en cause's costs in the main action. They have already paid fees to their first counsel in the Superior Court and the Court of Appeal. They have already paid \$350 for me to represent them in the Court of Appeal on the application for leave to appeal. I could not ask it of them: first, I was obliged to argue the case, and second, my sense of justice told me that it was not fair for these people not to be represented and have an opportunity to present their arguments.

Besides, it should be noted that the respondents were successful at trial and the Court of Appeal refused even to hear the case. While this decision may be important to the notarial profession, it was of no such importance to the respondents given, in particular, the amount involved.

The powers of this Court with regard to the award of costs in this Court are to be found in the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. Section 47 of the Act states:

47. The Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from, of the court of original jurisdiction, and of the appeal, or any part thereof, whether the judgment is affirmed, or is varied or reversed. [Emphasis added.]

This broad power does not appear to prohibit the granting of costs on a solicitor and client basis, and in fact, this Court has done so on several occasions, with or without the parties' consent.

Nous désirons informer la Cour que nos moyens financiers ne nous permettent pas d'assumer notre défense en Cour Suprême du Canada n'étant d'autre part pas éligibles à l'aide juridique ni susceptibles d'obtenir une autorisation de former une défense «in forma pauperis» suivant la règle 47(4). [. . .] Nous ne pouvions certes nous imaginer que nous serions entraînés jusqu'au plus haut tribunal du pays lors d'un procès de cet ordre.

Ayant vu sa requête rejetée par notre Cour, l'avocat des intimés les a effectivement représentés à l'audience, et ce, même s'il savait que ses clients ne seraient pas en mesure de payer ses frais comme il l'a expliqué clairement dans sa plaidoirie:

Ils [les intimés] ont déjà payé l'instance principale au demandeur et au mis-en-cause. Ils ont déjà payé les honoraires de leur premier procureur en Cour supérieure et en Cour d'appel. Ils ont déjà payé 350\$ pour que je les représente devant la Cour d'appel à la requête pour autorisation de pourvoi. Je ne pouvais pas leur demander, d'un côté, j'étais pris pour la plaider et, d'un autre côté, mon sens de la justice me dit que ce n'était pas équitable que ces gens-là ne soient pas représentés et qu'ils n'aient pas l'occasion de faire valoir leurs arguments.

De plus, il convient de souligner que les intimés ont eu gain de cause en première instance et que la Cour d'appel a même refusé d'entendre l'affaire. Bien que le présent arrêt puisse être important pour la profession notariale, il n'avait certes pas la même importance pour les intimés, vu en particulier le montant en jeu.

Les pouvoirs conférés à notre Cour en matière d'adjudication de dépens sont énoncés dans la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. L'article 47 de la Loi prévoit:

47. La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel, en tout ou en partie, quelle que soit sa décision finale sur le fond. [Je souligne.]

Ce large pouvoir ne paraît pas interdire l'adjudication de dépens comme entre avocat et client et, de fait, notre Cour a eu plusieurs fois l'occasion d'exercer son pouvoir discrétionnaire en ce sens, avec ou sans le consentement des parties.

Given the parties' consent, in *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, Beetz J. concluded, at p. 1086:

In accordance with the conditions which the Attorney General agreed to when leave to appeal was granted to him, he will pay the costs of respondent Labrecque in this Court on a solicitor-client basis.

Solicitor and client costs were also awarded in *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146, where again, leave to appeal had been granted on the condition that appellant pay the costs on a solicitor-client basis (see p. 173).

However, even without the parties' consent, in *Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc.*, S.C.C., No. 21373, on respondent's motion to adjourn, heard October 3, 1990, this Court ordered that:

... the costs and disbursements of this attendance on the appeal are to be paid by the Respondent to the Appellant on a solicitor and his own client basis;

Similarly, in *Sous-ministre du revenu du Québec v. Goyer*, *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, October 22, 1987, p. 1612, this Court denied leave to appeal with costs against the applicant on a solicitor and client basis.

In *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, this Court dismissed the appeal, and held, at p. 839, that:

Respondents shall be entitled to costs in this Court on a solicitor and client basis, both on the application for leave to appeal and on the appeals.

In *Palachik v. Kiss*, [1983] 1 S.C.R. 623, Wilson J. states, at p. 639:

For the reasons given I would dismiss the appeal and award the respondent solicitor and client costs out of the estate. The trial judge expressed the view that this case should never have come to trial and I agree with him. [Emphasis added.]

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, le juge Beetz, prenant acte du consentement des parties, conclut, à la p. 1086:

<sup>a</sup> Conformément aux conditions que le Procureur général a acceptées lorsque l'autorisation de se pourvoir lui a été accordée, il paiera les dépens de l'intimé Labrecque en cette Cour comme entre avocat et client;

<sup>b</sup> Des dépens ont également été accordés comme entre avocat et client dans l'arrêt *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146, où, là encore, l'autorisation de pourvoi avait été accordée à la condition que l'appellant paie les dépens sur la base avocat-client (voir p. 173).

Toutefois, même sans le consentement des parties, la Cour a rendu l'ordonnance suivante dans l'arrêt <sup>d</sup> *Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. c. Tissus Ranchar Inc.*, C.S.C., n° 21373, relativement à la requête en ajournement de l'intimée, entendue le 3 octobre 1990:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] ... les frais et les déboursés de la présente comparution au pourvoi seront payés par l'intimée à l'appelante comme entre un avocat et son propre client;

<sup>f</sup> De même, dans l'affaire *Sous-ministre du revenu du Québec c. Goyer*, *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 22 octobre 1987, p. 1612, notre Cour a refusé l'autorisation de pourvoi avec dépens contre le requérant sur la base avocat-client.

<sup>g</sup> Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, notre Cour a rejeté le pourvoi et a conclu, à la p. 839:

<sup>h</sup> Les intimées ont droit aux dépens en cette Cour comme entre avocat et client, tant sur la requête en autorisation de pourvoi que sur les pourvois.

<sup>i</sup> Dans l'affaire *Palachik c. Kiss*, [1983] 1 R.C.S. 623, le juge Wilson affirme, à la p. 639:

Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder à l'intimé, sur la succession, ses dépens comme entre avocat et client. Le juge de première instance a exprimé l'avis que cette affaire n'aurait jamais dû parvenir devant les tribunaux et je suis d'accord. [Je souligne.]

Mark Orkin, in *The Law of Costs* (2nd ed. 1987), at No. 219, pp. 2-61 and 2-62, sounds a note of caution, albeit one which does not arise in the present case:

An award of costs on the solicitor-and-client scale, it has been said, is ordered only in rare and exceptional cases to mark the court's disapproval of the conduct of a party in the litigation. The exercise of discretion must be based on relevant factors, for example the conduct of the litigation, and not on otherwise unrelated conduct. [References omitted.]

In addition to the factors set out by counsel for the respondents, another consideration stems from the affidavits filed on behalf of the appellant, in support of his leave application, by some prominent notaries in Quebec. Notary Roger Comtois asserts in his affidavit:

[TRANSLATION] I consider that Migneault [*sic*] J.'s judgment deprives of all authority the opinion that a notary and legal counsel may give on the title to an immoveable property and that this judgment would require the parties, before concluding a deed where the title is in doubt, to obtain a judgment from the court on the validity of title to an immoveable property, which would seriously paralyze all real estate operations and transactions and cause serious hardship to the owners of immoveable property.

Notary Yvan Desjardins declares:

[TRANSLATION] Mignault J.'s decision is of fundamental importance for the entire legal profession in Canada, and in particular for notaries in Quebec, in that it makes a legal practitioner responsible for advice given to his client in complete good faith and without negligence on his part, advice which he in fact has a duty to give in the course of his profession.

Notary Jean Lambert's affidavit reads:

[TRANSLATION] It is essential for notarial practice in Quebec that the trial decision be revised by the Court of Appeal or by this Honourable Court, if it sees fit, since the decision affects the understanding of the notary's duty to give advice and his obligation, when he has a reasonable doubt as to the validity of a title, to tell his clients of it;

Mark Orkin, dans *The Law of Costs* (2<sup>e</sup> éd. 1987), au n<sup>o</sup> 219, pp. 2-61 et 2-62, émet une réserve, quoiqu'elle ne s'applique pas en l'espèce:

[TRADUCTION] L'adjudication de dépens comme entre avocat et client n'a lieu, dit-on, que dans des cas rares et exceptionnels où la cour veut marquer sa désapprobation envers la conduite d'une partie au litige. L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit se fonder sur des facteurs pertinents, comme par exemple la conduite du litige, et non sur une conduite qui n'y serait pas reliée. [Références omises.]

En plus des facteurs énumérés par l'avocat des intimés, un autre élément ressort des affidavits que des notaires éminents du Québec ont produits, pour le compte de l'appellant, à l'appui de sa requête en autorisation. Le notaire Roger Comtois affirme ainsi dans son affidavit:

J'estime que le jugement du Juge Migneault (*sic*) enlève toute autorité à l'opinion qu'un notaire et un conseiller juridique peut donner sur les titres d'un immeuble et que ce jugement obligerait les parties, avant de passer un acte dont les titres sont douteux, à obtenir du Tribunal un jugement sur la validité des titres d'un immeuble, ce qui paralyserait gravement toutes les opérations et les transactions immobilières et causerait un grave préjudice aux propriétaires d'immeubles.

Le notaire Yvan Desjardins déclare pour sa part:

La décision du juge Mignault revêt pour toute la profession juridique au Canada, et plus particulièrement pour les notaires du Québec, une importance capitale en ce qu'elle rend responsable un homme de loi pour un conseil donné à son client en toute bonne foi et sans aucune négligence de sa part, conseil qu'il est par ailleurs de son devoir de fournir dans l'exercice de sa profession;

Le notaire Jean Lambert affirme enfin:

Il importe pour la pratique notariale au Québec que la décision de première instance soit réformée par la Cour d'Appel ou par cette Honorable Cour, si elle le juge à propos puisqu'elle met en cause l'appréciation du devoir de conseil du notaire et l'obligation qu'a celui-ci, lorsqu'il entretient un doute raisonnable quant à la validité d'un titre, d'en aviser ses clients;

Additionally, the trial decision raises a question as to the extent of the obligation contained in the notary's duty to advise and imposes on him an obligation of result contrary to what has so far been established by the law, the authors and the courts.

It is apparent from the above affidavits that this case was considered to be of great importance to notaries in Quebec. This was a relevant consideration in the decision to grant leave to appeal, particularly since the damages involved in the case were minimal and the respondents showed no interest in pursuing the case before this Court, even if leave to appeal were granted. Given our discretion in this matter, I am of the view that this is a case where it should be exercised in favour of the respondents. I would accordingly grant the respondents' request and award costs, in this Court, on a solicitor and client basis both on the application for leave to appeal and on the appeal.

### Conclusion

On the whole, having concluded that the appellant notary committed an error of law which constituted a fault in the circumstances of this case, I would affirm the judgment of Mignault J. at trial, dismiss the appeal with costs throughout, and award the respondents their costs in this Court on a solicitor and client basis, both on the application for leave to appeal and on the appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: François Aquin, Montréal.*

*Solicitors for the respondents and mis en cause: Gingras, Vallerand, Barma, Dawson, Laroche, Québec.*

De plus, la décision de première instance remet en cause l'intensité de l'obligation que comporte le devoir de conseil du notaire et lui impose une obligation de résultat contrairement à ce que la loi, la doctrine et la jurisprudence avait (*sic*) établi à ce jour.

Il ressort des affidavits ci-dessus que la présente espèce revêtait une importance considérable aux yeux des notaires du Québec. C'était d'ailleurs un élément pertinent à la décision d'accorder l'autorisation de pourvoi, étant donné particulièrement que le montant des dommages ici en cause était minime et que les intimés n'avaient manifesté aucun intérêt à poursuivre l'affaire devant notre Cour, dans l'éventualité où l'autorisation de pourvoi serait accordée. Vu le pouvoir discrétionnaire dont nous jouissons à cet égard, j'estime que nous devrions l'exercer ici en faveur des intimés. Je suis, par conséquent, d'avis d'accueillir la requête des intimés et d'accorder les dépens, en notre Cour, comme entre avocat et client, tant sur la requête en autorisation de pourvoi que sur le pourvoi lui-même.

### Conclusion

Dans l'ensemble, ayant conclu que le notaire appellant a commis une erreur de droit qui constituait une faute dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis de confirmer le jugement de première instance du juge Mignault, de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'accorder aux intimés leurs dépens en notre Cour comme entre avocat et client, tant sur la requête en autorisation de pourvoi que sur le pourvoi lui-même.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appellant: François Aquin, Montréal.*

*Procureurs des intimés et du mis en cause: Gingras, Vallerand, Barma, Dawson, Laroche, Québec.*

**Philip Ben Barnes** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BARNES

File No.: 21956.

1990: October 31; 1991: February 28.

Present: Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Defences — Entrapment — Drug-trafficking — “Buy-and-bust” program in area of city with trafficking problem — Accused in this area — Undercover police officer approached accused on hunch that he would have drugs — Whether entrapment through random virtue-testing.*

*Courts — Appeal — Jurisdiction — Crown appealing finding of entrapment which resulted in stay but not findings of guilt — Appeal allowed by Court of Appeal and new trial ordered — This Court finding conditions for entrapment not met — Crown asking for convictions to be entered in place of order for new trial — Whether this Court has jurisdiction to replace order for new trial with convictions — Criminal Code, R.S.C., 1985, ss. 686(4)(b)(ii), 695(1).*

The Vancouver Police were conducting a “buy-and-bust” operation in an area—the Granville Mall—considered to have a drug trafficking problem. In a “buy-and-bust” operation, undercover police officers attempt to buy illicit drugs from individuals who appear, in the officers’ opinion, to be inclined to sell drugs. The appellant, who in the words of a police officer was “dressed scruffy”, was in the Granville Mall area when approached on a “hunch” by an undercover police officer. The officer asked him if he had any “weed”. Despite a negative answer, the officer asked the question again and persisted until the appellant agreed to sell a

**Philip Ben Barnes** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BARNES

<sup>b</sup> N° du greffe: 21956.

1990: 31 octobre; 1991: 28 février.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

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

<sup>d</sup> *Droit criminel — Défenses — Provocation policière — Trafic de drogues — Programme «achat bidon» dans un secteur urbain connu comme lieu de trafic de drogues — L'accusé se trouvait dans ce secteur — Une policière en civil a abordé l'accusé parce qu'elle avait l'intuition qu'il avait de la drogue en sa possession — Y a-t-il eu provocation policière dans le cadre d'une opération visant à éprouver au hasard la vertu des gens?*

<sup>e</sup> *Tribunaux — Pourvoi — Compétence — Appel du ministère public de la conclusion qu'il y a eu provocation policière donnant lieu à un arrêt des procédures mais non des déclarations de culpabilité — Appel accueilli par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné — Notre Cour conclut que les conditions de la provocation policière ne sont pas présentes — Le ministère public demande l'inscription de déclarations de culpabilité à la place de l'ordonnance de nouveau procès — Notre Cour a-t-elle compétence pour remplacer l'ordonnance de nouveau procès par des déclarations de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), art. 686(4)(b)(ii), 695(1).*

<sup>h</sup> La police de Vancouver menait une opération «achat bidon» dans un secteur—Granville Mall—considéré comme un lieu de trafic de drogues. Dans une opération «achat bidon» des policiers en civil tentent d'acheter des drogues illicites à des individus qu'ils croient susceptibles d'en vendre. L'appelant qui, selon la policière en civil, avait une tenue «débraillée», se trouvait dans le secteur de Granville Mall lorsque la policière, suivant son «intuition», l'a abordé. La policière lui a demandé s'il avait de l'«herbe». Malgré une réponse négative, la policière a répété la question avec persistance jusqu'à ce que l'appelant accepte de lui vendre une petite quantité



small amount of cannabis resin. Another officer arrested the appellant shortly afterwards.

The appellant was found guilty of trafficking in cannabis resin, of the included offence of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking, and of possession of marijuana. The trial judge found, however, that the police officer had engaged in "random virtue testing" and granted a judicial stay for entrapment. The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal of the finding of entrapment and ordered a new trial. The issues before this Court were: (1) whether appellant was subjected to random virtue-testing; and, (2) whether this Court, absent a cross-appeal by the Crown, has jurisdiction to modify the court of appeal's decision allowing the Crown's appeal from the judicial stay of proceedings and enter three convictions.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting in part, McLachlin J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ.: The police may only present the opportunity to commit a particular crime to an individual who arouses a suspicion that he or she is already engaged in the particular criminal activity. An exception to this rule arises when the police undertake a *bona fide* investigation directed at an area where it is reasonably suspected that criminal activity is occurring. When such a location is defined with sufficient precision, the police may present any person associated with the area with the opportunity to commit the particular offence. The notion of being "associated" with a particular area for these purposes does not require more than being present in the area. Such randomness is permissible within the scope of a *bona fide* inquiry.

Random virtue-testing only arises when a police officer presents a person with the opportunity to commit an offence without a reasonable suspicion that: (a) the person is already engaged in the particular criminal activity, or (b) the physical location with which the person is associated is a place where the particular criminal activity is likely occurring.

The police officer here did not have a "reasonable suspicion" that the appellant was already engaged in unlawful drug-related activity. The factors drawing her

de résine de cannabis. Un autre policier a arrêté l'appellant peu après.

L'appellant a été déclaré coupable de trafic de résine de cannabis, de l'infraction comprise de possession de résine de cannabis à des fins de trafic, ainsi que de possession de marijuana. Le juge du procès a conclu cependant que la policière avait cherché à «éprouver au hasard la vertu des gens» et il a ordonné un arrêt des procédures pour cause de provocation policière. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel du ministère public contre la conclusion qu'il y avait eu provocation policière et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Notre Cour est saisie des questions suivantes: (1) l'appellant a-t-il fait l'objet d'une mesure visant à éprouver au hasard la vertu des gens? et (2) notre Cour a-t-elle compétence, en l'absence de pourvoi incident présenté par le ministère public, pour modifier la décision d'une cour d'appel, accueillant l'appel du ministère public contre un arrêt des procédures, et pour y substituer trois déclarations de culpabilité?

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie, le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson: La police peut seulement fournir l'occasion de commettre un crime donné à un individu dont la conduite fait raisonnablement soupçonner qu'il est déjà engagé dans une activité criminelle particulière. Il y a exception à cette règle dans les cas où la police entreprend une véritable enquête dans un secteur où l'on peut raisonnablement soupçonner que se déroulent des activités criminelles. Lorsque le secteur est défini avec suffisamment de précision, la police peut fournir à toute personne associée à ce secteur l'occasion de commettre l'infraction en particulier. Pour qu'une personne soit, aux fins en cause, «associée» à un secteur en particulier, il suffit qu'elle y soit présente. Cette façon de procéder au hasard est permise dans le cadre d'une véritable enquête.

On ne peut dire d'une opération qu'elle vise à éprouver au hasard la vertu des gens que dans les cas où un policier donne à une personne l'occasion de commettre une infraction sans avoir de bonnes raisons de soupçonner que: a) cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle donnée; ou b) le lieu physique auquel la personne est associée est susceptible d'être le théâtre de cette activité criminelle.

La policière en l'espèce ne pouvait pas «raisonnablement soupçonner» que l'appellant était déjà engagé dans une activité illégale liée à la drogue. Les facteurs qui ont

attention to the appellant—his manner of dress, the length of his hair—were not sufficient to give rise to a reasonable suspicion that criminal acts were being committed. The subjectiveness of her decision to approach the appellant, based on a “hunch” or “feeling” rather than extrinsic evidence, also indicated that the appellant did not arouse a reasonable suspicion as an individual. The appellant, however, was presented with the opportunity to sell drugs in the course of a *bona fide* inquiry. The officer’s conduct was motivated by the genuine purpose of investigating and repressing criminal activity and the investigation was directed at a suitable area within Vancouver. Although the size of the area itself may indicate that the investigation is not *bona fide*, it was reasonable for the Vancouver Police Department to focus its investigation on the Granville Mall.

The appellant, when he was in the Granville Mall, was in a location where it was reasonably believed that drug-related crimes were occurring. The officer’s conduct was therefore justified.

Section 695(1) does not allow this Court to make, in all circumstances, a decision that in its opinion the Court of Appeal could have and should have made. This Court has jurisdiction under s. 695(1) to modify an order at the request of the Crown when there is an appeal by the Crown making such a request. When there is no appeal by the Crown, an appellant cannot leave this Court with less than what he gained from the Court of Appeal.

In the absence of an appeal by the Crown, this Court has no jurisdiction to allow the Crown’s request that the order below be modified. To hold otherwise would allow the Crown to appeal to this Court where such an opportunity has not been provided by the *Criminal Code* or the *Supreme Court Act*. The Crown is not given by statute the ability to appeal to this Court a decision which allowed its appeal from an acquittal or judicial stay of proceedings, but which gave the Crown less than what had been requested. As a result, there is no statutory provision which would allow the Crown to appeal from the Court of Appeal’s judgment. Absent a statutory right of appeal, there is no right of appeal.

*Per* L’Heureux-Dubé J. (dissenting in part): The appeal on the entrapment issue should be dismissed for the reasons given by Lamer C.J.

attiré son attention vers l’appellant—sa tenue vestimentaire, la longueur de ses cheveux—ne suffisaient pas pour susciter un soupçon raisonnable que des actes criminels étaient commis. Le caractère subjectif de sa décision d’aborder l’appellant, fondée sur une «intuition» ou un «pressentiment» et non sur une preuve extrinsèque, indique aussi que l’appellant n’avait pas, de par son propre comportement, fait naître un soupçon raisonnable. Toutefois on a fourni à l’appellant l’occasion de vendre de la drogue au cours d’une véritable enquête. La conduite de la policière était motivée par l’objectif réel d’enquêter et de réprimer des activités criminelles, et l’enquête avait pour cible un secteur approprié de Vancouver. Si l’étendue du secteur lui-même peut indiquer qu’il ne s’agit pas d’une enquête véritable, il était raisonnable de la part des services de police de Vancouver de centrer leur enquête sur Granville Mall.

L’appellant, lorsqu’il était dans Granville Mall, se trouvait dans un endroit que l’on croyait raisonnablement être le théâtre de crimes liés à la drogue. La conduite de la policière était donc justifiée.

Le paragraphe 695(1) n’autorise pas notre Cour à rendre, dans tous les cas, la décision qu’à son avis la Cour d’appel aurait pu et aurait dû rendre. Notre Cour, en vertu du par. 695(1), est compétente pour modifier une ordonnance à la demande du ministère public, lorsqu’une telle demande est faite dans un pourvoi. Lorsque le ministère public n’a pas formé de pourvoi, l’accusé ne peut quitter notre Cour avec moins que ce qu’il avait obtenu de la Cour d’appel.

En l’absence donc de pourvoi du ministère public, notre Cour n’a pas compétence pour accueillir sa requête en modification de l’ordonnance prononcée à l’instance inférieure. Conclure autrement serait permettre au ministère public de se pourvoir devant nous alors que cette faculté ne lui est accordée ni par le *Code criminel* ni par la *Loi sur la Cour suprême*. Le ministère public n’est pas, de par la loi, habilité à se pourvoir devant notre Cour contre une décision qui a accueilli l’appel qu’il avait interjeté d’un verdict d’acquiescement ou d’un arrêt des procédures, mais qui lui a donné moins que ce qui avait été demandé. Par conséquent, il n’existe aucune disposition législative qui permettrait au ministère public de se pourvoir contre l’arrêt de la Cour d’appel. Sans droit d’appel prévu par la loi, il n’y a pas de droit d’appel.

*Le* juge L’Heureux-Dubé (dissidente en partie): Le pourvoi sur la question de la provocation policière devrait être rejeté pour les motifs donnés par le juge en chef Lamer.

As a general rule, an appellate court cannot disturb a verdict of acquittal or modify an order directing a new trial, absent an appeal by the Crown asking it to do so. Appellate jurisdiction is conferred entirely by statute. The rationales underlying the general rule, however, become inoperative in certain situations. One such situation deals with circumstances where the *Kienapple* principle is triggered.

Due to the operation of the rule against multiple convictions, an exception to the general rule regarding Crown appeals and appellate jurisdiction has been formulated. The general rule has little meaning in a situation where the *Kienapple* principle applies. The continued effect of the "acquittal" is lifted and the conviction is reinstated should the Crown's appeal of the stay, by appealing the application of the rule itself, be successful or should the accused successfully appeal one of the convictions. There is really nothing of substance for the Crown to appeal.

No "live" issue regarding the second branch of the entrapment test existed. In this light, it is as unreal to entertain arguments of prejudice to the accused in entering convictions as it is to order a new trial in such circumstances. The lack of adjudication by the trial judge regarding the second branch of the entrapment test can neither prevent the entering of a conviction nor justify the order for a new trial on that issue. Accordingly, the Court of Appeal erred in ordering a new trial on this second branch of the test of entrapment.

While not laying waste to the general rule, the present case offers convincing reasons for treating it in the same fashion as a situation falling more squarely within the *Kienapple* exception. Like the situation in a *Kienapple* context, the full force of the general rule obliging the Crown to appeal is avoided in an entrapment situation because of the nature of the proceedings and the underpinnings of the "acquittal" entered in such situations. The Crown's position, after an appeal by the accused in an entrapment situation, is closely analogous to that in a *Kienapple* context: there is nothing meaningful for the Crown to appeal. If the Crown's appeal is successful and the entrapment arguments of the accused are unsuccessful on appeal, the stay will be set aside and the convictions will stand. As in a *Kienapple* situation, the "acquittal" fails to remain relevant after the entrapment

La règle générale est qu'une cour d'appel ne peut modifier un verdict d'acquiescement ou modifier une ordonnance de nouveau procès, quand le ministère public ne lui a pas demandé de le faire par voie d'appel. La juridiction d'appel est attribuée entièrement par un texte de loi. Il existe des situations où la philosophie sous-jacente à cette règle devient inopérante par exemple lorsque s'applique le principe de l'arrêt *Kienapple*.

En raison de l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, une exception à la règle générale concernant les appels du ministère public et la compétence d'appel a été formulée. La règle générale a peu de sens dans une situation où le principe de l'arrêt *Kienapple* s'applique. L'«acquiescement» cesse d'avoir un effet continu et la déclaration de culpabilité reprend tout son effet si le ministère public obtient gain de cause dans sa contestation du sursis, en interjetant appel contre l'application de la règle elle-même, ou si l'accusé a gain de cause en appel de l'une des déclarations de culpabilité. Il n'y a pas d'éléments sur lesquels le ministère public peut fonder son appel.

Il n'y a pas de litige «réel» concernant le deuxième volet du test de provocation policière. Dans cette optique, il est tout aussi irréaliste de prétendre que l'accusé a subi un préjudice en raison des déclarations de culpabilité que d'ordonner un nouveau procès dans de telles circonstances. L'absence de décision de la part du juge du procès sur le deuxième volet du test de la provocation policière ne peut ni empêcher l'inscription d'une déclaration de culpabilité ni justifier la tenue d'un nouveau procès sur cette question. Par conséquent, la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur ce deuxième volet du test de la provocation policière.

S'il ne s'agit pas d'écarter la règle générale, l'espèce offre des raisons convaincantes de la traiter de la même façon qu'un cas relevant plus directement de l'exception *Kienapple*. Comme dans le contexte visé par l'arrêt *Kienapple*, la règle générale qui oblige le ministère public à interjeter appel ne s'applique pas avec autant de force dans un cas de provocation policière en raison de la nature même de la procédure et du fondement de l'«acquiescement» inscrit dans ces situations. La situation dans laquelle se trouve le ministère public après un appel interjeté par l'accusé dans un cas de provocation policière est très proche de la situation visée par l'arrêt *Kienapple*: le ministère public n'a pas de vrais motifs d'interjeter appel. Si l'appel du ministère public réussit et si les arguments de l'accusé fondés sur la provocation policière sont rejetés en appel, le sursis est levé ou

issue is dispensed with and an accused cannot ignore that necessary result. Requiring the Crown to appeal the "acquittal" in order to formalize this necessary consequence is a meaningless formality easily dispensed with in a *Kienapple* situation. The same result should also obtain in an entrapment situation.

*Per* McLachlin J. (dissenting): Determination of entrapment must involve a balancing between the individual interest in being left alone and the state's interest in the repression of crime. Only where considerations such as fairness, justice and the need for protection from crime tip the balance in favour of the state will police conduct which offends the individual interests at stake be acceptable.

The significance of the individual interest at stake here must not be underestimated and the adverse effect that police investigatory techniques can have on this interest should not be overlooked. Limits must be placed on the state's ability to intrude into the daily lives of its citizens. A further risk inherent in overbroad undercover operations is that of discriminatory police work, where people are interfered with not because of reasonable suspicion but because of the colour of their skin or the quality of their clothing and their age.

The test for entrapment must permit the measuring of relative harms. In determining whether there was a *bona fide* inquiry, the court must consider not only the motive of the police and whether there is crime in the general area, but also other factors relevant to the balancing process, such as the likelihood of crime at the particular location targeted, the seriousness of the crime in question, the number of legitimate activities and persons who might be affected, and the availability of other less intrusive investigative techniques. The question is whether the interception at the particular location was reasonable having regard to the conflicting interests of private citizens in being left alone from state interference and of the state in suppressing crime. If the answer to this question is yes, then the inquiry is *bona fide*. This test offers sufficient guidance to the police.

That crime may be said to occur generally within a given area does not suffice to establish a *bona fide*

écarté et les déclarations de culpabilité sont maintenues. Comme dans une situation visée par l'arrêt *Kienapple*, l'«acquiescement» n'a plus de valeur lorsque la question de la provocation policière est écartée et un accusé ne peut pas ignorer ce résultat inévitable. Exiger que le ministère public interjette appel de l'«acquiescement» pour donner un caractère formel à cette conséquence inévitable n'est rien de plus qu'une formalité vide de sens, une formalité facilement écartée dans une situation visée par l'arrêt *Kienapple*. Le même résultat devrait s'imposer dans un cas de provocation policière.

Le juge McLachlin (dissident): Pour déterminer s'il y a provocation policière, il faut établir un équilibre entre l'intérêt du particulier à être laissé tranquille et l'intérêt de l'État à réprimer la criminalité. Les agissements de la police qui empiètent sur les intérêts des particuliers ne seront tenus pour acceptables que si des considérations d'équité, de justice et de protection contre la criminalité font pencher la balance du côté de l'État.

Il ne faut pas sous-estimer l'importance de l'intérêt individuel en jeu en l'espèce, ni l'effet pernicieux que les techniques d'enquête policières peuvent avoir sur cet intérêt. Il faut imposer des limites à la capacité de l'État de s'immiscer dans la vie quotidienne des citoyens. Un autre risque que comportent des opérations clandestines trop étendues est celui de discrimination dans le travail de la police, c'est-à-dire que des personnes sont interpellées non pas à cause de soupçons raisonnables, mais à cause de la couleur de leur peau ou de leur tenue vestimentaire et de leur âge.

Le critère de la provocation policière doit permettre d'apprécier les atteintes relatives aux intérêts en jeu. Lorsqu'elle détermine s'il y a une enquête véritable, la cour doit tenir compte non seulement du but poursuivi par la police et de ce qu'il y a ou non une activité criminelle dans le secteur mais aussi d'autres facteurs utiles pour établir l'équilibre recherché, comme la probabilité que des infractions soient commises à l'endroit particulier visé, la gravité de l'infraction en cause, le nombre de personnes et d'activités légitimes qui peuvent être touchées et l'existence de techniques d'enquête moins envahissantes. Il s'agit de se demander si l'interception qui s'est produite à l'endroit précis en cause était raisonnable eu égard aux intérêts opposés, celui des particuliers d'être laissés tranquilles et celui de l'État de combattre la criminalité. Si la réponse à cette question est affirmative, alors l'enquête est véritable. Le critère fournit suffisamment d'indications aux policiers.

Il ne suffit pas de pouvoir dire que des infractions sont généralement commises à l'intérieur d'un secteur

inquiry, given proper police motives. Other factors must be considered. The first is the likelihood of crime in the particular area targeted. The fact that trafficking occurred at different locations in the six-block area of the mall does not establish that trafficking was likely to occur at the time and place where the appellant was intercepted. The second relates to the possibility that this undercover operation would interfere with the legitimate activities of law-abiding citizens. This factor, while not in itself conclusive, weighed against the right of undercover police to intercede at will. On the other side of the balance must be weighed the seriousness of the criminal activity which the police have targeted. The offence here in question, while not to be condoned, could not be considered as one of the most serious and alternative investigatory techniques were available to detect it.

The individual interest in being left alone and free to pursue one's daily business without being confronted by undercover police operatives vastly outweighs the state interest in the repression of crime. The police officer here, therefore, was not acting pursuant to a *bona fide* inquiry.

#### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; **referred to:** *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *Rickard v. The Queen*, [1970] S.C.R. 1022; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; *R. v. Terlecki* (1983), 4 C.C.C. (3d) 522 (Alta. C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 483; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36.

donné pour prouver l'existence d'une véritable enquête, même si les motifs de la police sont appropriés. Il y a d'autres facteurs à prendre en considération. Le premier est la probabilité que soient commises des infractions dans le secteur visé. Le fait que du trafic de drogues se faisait à différents endroits de l'ensemble de six pâtés de maisons de la rue piétonnière ne prouve pas qu'il était probable qu'il y ait du trafic de drogues au moment et à l'endroit où l'appelant a été intercepté. Le second facteur est celui des conséquences possibles de l'opération d'infiltration sur des activités légitimes de citoyens respectueux des lois. Même s'il n'est pas déterminant, ce facteur milite contre le droit des agents d'infiltration d'agir à leur guise. De l'autre côté, il faut mettre la gravité de l'activité criminelle que la police vise à réprimer. Même s'il n'est pas question de l'approuver, l'infraction en cause ici ne peut être considérée comme une des plus graves, et d'autres techniques d'enquête permettaient de déceler ce genre d'activité criminelle.

L'intérêt des particuliers à être laissés tranquilles et à vaquer à leurs occupations quotidiennes sans être importunés par des agents d'infiltration l'emporte largement sur l'intérêt de l'État à réprimer la criminalité. Il s'ensuit que la policière n'agissait pas dans le cadre d'une véritable enquête.

#### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt appliqué:** *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; **arrêts mentionnés:** *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *Rickard c. La Reine*, [1970] R.C.S. 1022; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; *R. c. Terlecki* (1983), 4 C.C.C. (3d) 522 (C.A. Alb.), conf. par [1985] 2 R.C.S. 483; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(4)(b)(ii), 691(2)(a), 693(1)(a), (b), 695(1).  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(3).

**Authors Cited**

Jordan, James C. "Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: Kienapple v. The Queen to R. v. Prince" (1985), 14 *Man. L.J.* 341.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, allowing an appeal, setting aside a stay granted by Leggatt Co. Ct. J. and ordering a new trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting in part, McLachlin J. dissenting.

*Peter M. Kendall*, for the appellant.

*S. David Frankel, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson J.J. was delivered by

LAMER C.J.—This case involves a consideration of the defence of entrapment as set out by this Court in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903. In particular, this Court is asked whether the accused was subjected to random virtue-testing by an undercover police officer in the city of Vancouver. This case also raises the question of whether this Court, at the request of the Crown, has jurisdiction to modify the decision of a court of appeal which has allowed an appeal by the Crown from a judicial stay of proceedings entered at trial.

**Facts**

On January 12, 1989, the appellant sold one gram of hashish to an undercover police officer near the Granville Mall area of Vancouver. The parties do not dispute the facts surrounding the sale, which are as follows.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4)(b)(ii), 691(2)(a), 693(1)(a), (b), 695(1).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(3).

**Doctrine citée**

Jordan, James C. «Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: Kienapple v. The Queen to R. v. Prince» (1985), 14 *Man. L.J.* 341.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 54 C.C.C. (3d) 368, qui a accueilli un appel, a annulé l'arrêt des procédures prononcé par le juge Leggatt de la Cour de comté et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie, le juge McLachlin est dissidente.

*Peter M. Kendall*, pour l'appellant.

*S. David Frankel, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi exige l'examen de la défense de provocation policière que notre Cour a définie dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903. Il s'agit, en particulier, de déterminer si l'accusé a fait l'objet à Vancouver d'une opération menée par une policière en civil visant à éprouver au hasard la vertu des gens. Est également soulevée la question de savoir si notre Cour a compétence pour modifier, à la demande du ministère public, la décision d'une cour d'appel qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'arrêt des procédures prononcé au procès.

**Les faits**

Le 12 janvier 1989, l'appellant a vendu un gramme de haschisch à une policière en civil près du secteur de Granville Mall, à Vancouver. Les parties ne contestent pas les faits entourant la vente, que voici.

The undercover officer was involved in a “buy-and-bust” operation conducted by the Vancouver Police Department. In a buy-and-bust operation, undercover police officers attempt to buy illicit drugs from individuals who appear, in the opinion of the officers, to be inclined to sell such drugs. If an officer is successful, the individual is immediately arrested for trafficking.

This particular operation was undertaken by the Department with respect to the Granville Mall area in the city of Vancouver, which covers a six-block section of Granville Street. On the day of the arrest, the undercover officer approached the accused, Philip Barnes, and his friend, as they were walking towards Granville Street. The officer testified at trial that she approached the accused and his friend because she had “a hunch, a feeling that they’d—possibly might be in possession”. She believed that he and his friend fit the description of persons who possibly had drugs in their possession and who would be willing to sell to her: “I had a feeling. They fit my general criteria. I look for males hanging around, dressed scruffy and in jeans, wearing a jean jacket or leather jacket, runners or black boots, that tend to look at people a lot.” The officer indicated that there was nothing else that aroused her suspicions.

The officer approached the accused and asked him if he had any “weed”. He said “no”, but his friend repeated to him: “She wants some weed.” The accused again responded negatively. The officer persisted and the accused then agreed to sell a small amount of cannabis resin to the officer for \$15. Shortly afterwards, the accused was arrested by another officer and small amounts of cannabis resin and marijuana were seized from his person.

The accused was tried in the County Court of Vancouver before Leggatt Co. Ct. J., and was found guilty of trafficking in cannabis resin, of the included offence of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking, and of possession of marijuana. The accused conceded that he sold illicit drugs to the officer, but argued that a judicial stay for entrapment

La policière en civil participait à une opération «achat bidon» menée par le service de police de Vancouver. Dans ce genre d’opération, les policiers en civil tentent d’acheter des drogues illicites à des individus qu’ils croient susceptibles d’en vendre. Si la tentative réussit, l’individu est immédiatement arrêté pour trafic de drogues.

L’opération qu’avait entreprise en l’espèce le service de police visait la zone de Granville Mall, à Vancouver, qui couvre six pâtés de maisons de la rue Granville. Le jour de l’arrestation, la policière en civil s’est approchée de l’accusé, Philip Barnes, et de son ami qui marchaient en direction de la rue Granville. Dans son témoignage au procès, la policière a déclaré avoir ainsi abordé l’accusé et son ami parce qu’elle avait [TRADUCTION] «l’intuition, le pressentiment qu’ils—avaient peut-être de la drogue en leur possession». Elle pensait que l’accusé et son ami correspondaient à la description de personnes susceptibles d’avoir de la drogue et de consentir à lui en vendre. [TRADUCTION] «J’avais un pressentiment, a-t-elle dit, ils correspondaient à mes critères généraux. Je cherchais des individus de sexe masculin en train de rôder, l’air débraillé, qui portent des jeans, une veste en jean ou en cuir, des tennis ou des bottes noires, et qui ont tendance à dévisager les gens.» D’après la policière, rien d’autre n’avait éveillé ses soupçons.

La policière a abordé l’accusé en lui demandant s’il avait de [TRADUCTION] «l’herbe». Il a répondu que non, sur quoi son ami lui a répété: [TRADUCTION] «Elle veut de l’herbe.» L’accusé a répondu de nouveau par la négative. Devant l’insistance de la policière, l’accusé a alors accepté de lui vendre une petite quantité de résine de cannabis pour 15 \$. Peu après, l’accusé était arrêté par un autre policier et on saisissait sur lui de faibles quantités de résine de cannabis et de marijuana.

Au terme de son procès devant le juge Leggatt de la Cour de comté de Vancouver, l’accusé a été déclaré coupable de trafic de résine de cannabis, de l’infraction comprise de possession de résine de cannabis à des fins de trafic, ainsi que de possession de marijuana. L’accusé a reconnu avoir vendu des drogues illicites à la policière, mais il a fait valoir que

should be directed. He claimed that he had no intention of selling drugs on the day in question, but felt sorry for the undercover officer; he agreed to sell only because he believed that his friend wanted to meet a woman and that this was a way of gaining an introduction. The trial judge held that the police officer had engaged in “random virtue testing”, which was unacceptable according to the judgment of this Court in *Mack, supra*, and therefore ordered a judicial stay of the proceedings.

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial.

#### Judgments Below

##### *County Court of Vancouver* (Leggatt Co. Ct. J.)

On the basis of the judgment of this Court in *R. v. Mack, supra*, Leggatt Co. Ct. J. of the County Court of Vancouver held that the undercover officer had engaged in “random virtue testing” and therefore directed the entry of a judicial stay on the charges.

The trial judge based his decision on two principal conclusions. First, he believed that the police investigation failed to target a sufficiently specific physical area where it was suspected that crimes would be committed. The accused was approached some distance from the specific area where drug trafficking was taking place most frequently. Secondly, he found as a question of fact that the police officer did not have a reasonable suspicion that the accused was likely to traffic in illicit drugs. The trial judge stated:

The Granville Mall, which is known as an area of considerable drug activity, is also known in Vancouver as Theatre Row. I have described it as being in the centre of Vancouver, and it contains a broad cross-section of commercial activity, a lot of it oriented to the entertainment industry. Many movie theatres are contained in the mall area.

When one examines the criteria used by this undercover officer as to who to approach to try to induce a drug transaction, she is describing a very high percent-

la cour devrait prononcer l’arrêt des procédures pour cause de provocation policière. Il a soutenu qu’il n’avait aucunement l’intention de vendre de la drogue ce jour-là mais qu’il avait eu pitié de la policière en civil; il avait accepté de vendre uniquement parce qu’il croyait que son ami voulait rencontrer une femme et que c’était une façon de faire connaissance. Le juge du procès a conclu que la policière avait cherché à [TRADUCTION] «éprouver au hasard la vertu des gens», pratique inacceptable suivant l’arrêt *Mack*, précité, de notre Cour. Il a en conséquence ordonné l’arrêt des procédures.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel du ministère public et a ordonné un nouveau procès.

#### Jugements des juridictions inférieures

##### *Cour de comté de Vancouver* (le juge Leggatt)

S’appuyant sur l’arrêt de notre Cour *R. c. Mack*, précité, le juge Leggatt de la Cour de comté de Vancouver a conclu que la policière en civil avait cherché à [TRADUCTION] «éprouver au hasard la vertu des gens» et il a, en conséquence, ordonné l’arrêt des procédures.

Le juge du procès a fondé sa décision sur deux conclusions principales. Premièrement, il a estimé que l’enquête policière n’avait pas délimité de façon assez précise la zone géographique où l’on pensait que des crimes seraient commis. L’accusé a été abordé à une certaine distance du secteur précis où se déroulait le plus souvent le trafic de stupéfiants. Deuxièmement, le juge du procès a conclu que, d’après les faits, la policière n’avait pas de motifs raisonnables de soupçonner l’accusé de faire le trafic de drogues illicites. Il a déclaré:

[TRADUCTION] Granville Mall, réputé pour être une zone où le trafic de drogues est très actif, est également connu à Vancouver sous le nom de «Theatre Row». Situé au centre de la ville de Vancouver, il comprend un fort secteur d’activités commerciales variées, dont une grande partie orientée vers l’industrie du spectacle. Plusieurs cinémas se trouvent dans la zone piétonnière.

Si l’on examine les critères qu’a utilisés la policière en civil pour choisir les personnes qu’elle allait aborder pour essayer de les inciter à se livrer au commerce de la



age of young citizens who are there for perfectly legitimate reasons. No conduct was observed on the part of the [accused] or his companion prior to the drug purchase which would provide a reasonable suspicion that they were already engaged in criminal activity. The specific area of the purchase was a distance from the area described by the staff sergeant as the most heavily frequented area for drug traffickers, which was the sky train Granville Street entrance area. There was no evidence that the [accused] or his companion were observed engaging in conduct which would lead to any suspicion.

Leggatt Co. Ct. J. did not believe it was necessary to inquire as to *mala fides* on the part of the officer, since he found that she had engaged in random virtue testing:

Now, I make no finding of *mala fides*, but it is not reasonable on the facts at bar to suspect that each person who matches the general criteria provided by the undercover officer for her targets is engaged in drug trafficking. In my view, given this very general criteria, given the fact that the individual was not at the immediate centre of drug trafficking, and given the fact there was no prior observation of conduct which leads to a reasonable inference of guilt, I am of the view that this particular undercover officer was conducting a random virtue test as described by Mr. Justice Lamer, and clearly on the authorities this is not acceptable.

*British Columbia Court of Appeal* (Hinkson J.A. for the Court) (1990), 54 C.C.C. (3d) 368

The Court of Appeal overturned the judgment of the County Court, deciding the question of law that the facts did not give rise to a reasonable inference of entrapment.

Hinkson J.A. rejected the accused's contention that the police department was required to limit its investigation to "specific targeted areas of the mall" where drug-related crimes were most likely to be committed. The police were entitled, in his opinion, to carry out an investigation that focused on the whole of the Granville Mall. He stated at pp. 372-73:

drogue, on s'aperçoit qu'elle décrit ainsi un fort pourcentage de jeunes citoyens dont la présence s'explique par des motifs parfaitement légitimes. Avant l'achat de la drogue, on n'a observé de la part de [l'accusé] ou de son compagnon aucune conduite susceptible de faire raisonnablement soupçonner qu'ils se livraient déjà à une activité criminelle. Le secteur spécifique où s'est effectué l'achat se trouve à une certaine distance de la zone décrite par le sergent d'état-major comme étant la plus densément fréquentée par les trafiquants de drogues, soit l'entrée du train surélevé donnant sur la rue Granville. Aucune preuve n'indique qu'on ait observé [l'accusé] ou son compagnon en train de se conduire de façon suspecte.

Le juge Leggatt n'a pas cru nécessaire d'examiner s'il y avait eu mauvaise foi de la part de la policière, étant donné sa conclusion qu'elle avait cherché à éprouver au hasard la vertu des gens:

[TRADUCTION] Je ne tire aucune conclusion de mauvaise foi, mais il n'est pas raisonnable, d'après les faits de l'espèce, de soupçonner que chacune des personnes correspondant aux critères généraux établis par la policière en civil se livre au trafic de drogues. Vu le caractère très général de ces critères, le fait que l'individu ne se trouvait pas au cœur même du trafic de drogues, et le fait qu'il n'y a pas eu d'observation antérieure de la conduite pouvant mener à une inférence raisonnable de culpabilité, je suis d'avis que cette policière en civil cherchait à éprouver au hasard la vertu des gens comme l'a expliqué le juge Lamer. Et d'après la jurisprudence, cette pratique est manifestement inacceptable.

*La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (le juge Hinkson au nom de la Cour) (1990), 54 C.C.C. (3d) 368

La Cour d'appel a infirmé le jugement de la Cour de comté, décidant qu'en droit, les faits ne donnaient pas ouverture à une inférence raisonnable de provocation policière.

Le juge Hinkson a rejeté la prétention de l'accusé suivant laquelle le service de police était tenu de limiter son enquête aux [TRADUCTION] «secteurs cibles spécifiques de la rue piétonnière» les plus susceptibles d'être le foyer de crimes liés à la drogue. À son avis, les policiers étaient en droit de faire porter leur enquête sur tout le territoire de Granville Mall. Il a ainsi déclaré, aux pp. 372 et 373:

In my opinion, the decision in *Mack* does not support that contention. The evidence at trial disclosed that sales of narcotics took place up and down the mall and it was for that reason that the undercover officer walked up and down the mall approaching persons and providing an opportunity to sell illicit drugs to her.

In reaching his conclusion that the undercover officer had entrapped the accused into trafficking in *cannabis* resin, the trial judge rested his decision upon the fact that the undercover agent did not have a reasonable suspicion that the accused was selling drugs. But he overlooked the fact that the undercover officer was engaged in a *bona fide* investigation of criminal activity involving the area of the Granville Mall and that she was entitled, therefore, to offer to the accused an opportunity to sell drugs to her. In doing so, she was not engaged in random virtue-testing as described by Lamer J. in *Mack*.

The Court accordingly ordered a new trial, at p. 373, to be held in order to determine whether there had been entrapment under the second branch of the test in *Mack*, namely, "to consider whether or not the conduct of the undercover agent went beyond providing an opportunity and induced the commission of the offence."

### Analysis

*Did the police officer engage in random virtue-testing?*

To resolve this appeal, this Court must consider whether the conduct of the undercover police officer was acceptable in light of the guidelines set out in *Mack, supra*. In *Mack*, I attempted to define the circumstances in which police conduct in the course of investigating and uncovering criminal activity ceases to be acceptable and, instead, amounts to the unacceptable entrapment of individuals. The defence of entrapment is based on the notion that limits should be imposed on the ability of the police to participate in the commission of an offence. As a general rule, it is expected in our society that the police will direct their attention towards uncovering criminal activity that occurs without their involvement.

[TRADUCTION] À mon avis, l'arrêt *Mack* n'appuie pas cette prétention. La preuve produite au procès a révélé que les ventes de stupéfiants avaient lieu tout le long de la rue piétonnière et c'est pourquoi la policière en civil s'y promenait en abordant certaines personnes et en leur fournissant l'occasion de lui vendre des drogues illicites.

En concluant que l'accusé avait été incité à faire le trafic de la résine de cannabis par suite d'une provocation de la policière en civil, le juge du procès a fondé sa décision sur le fait que l'agent ne pouvait raisonnablement soupçonner que l'accusé vendait de la drogue. Mais il a négligé le fait que la policière en civil menait une véritable enquête sur les activités criminelles se déroulant dans le secteur de Granville Mall et qu'elle était donc en droit d'offrir à l'accusé l'occasion de lui vendre de la drogue. Ce faisant, elle ne cherchait pas à éprouver au hasard la vertu des gens comme l'a expliqué le juge Lamer dans l'arrêt *Mack*.

La cour a, en conséquence, ordonné, à la p. 373, la tenue d'un nouveau procès pour déterminer s'il y avait eu provocation policière suivant le second volet du critère de l'arrêt *Mack*, c'est-à-dire [TRADUCTION] «pour déterminer si, par sa conduite, l'agent en civil a fait plus que fournir une occasion et a incité à perpétrer l'infraction».

### Analyse

*La policière cherchait-elle à éprouver au hasard la vertu des gens?*

Pour trancher ce pourvoi, notre Cour doit déterminer si la conduite de la policière en civil était acceptable compte tenu des principes directeurs établis dans l'arrêt *Mack*, précité. Dans cet arrêt, je me suis efforcé de définir les circonstances dans lesquelles la conduite des policiers, dans l'investigation et la répression du crime, cesse d'être acceptable et devient une provocation inacceptable. La défense de provocation policière est fondée sur l'idée que des restrictions doivent être imposées à la capacité de la police de participer à la perpétration d'une infraction. En règle générale, la société s'attend à ce que la police concentre ses efforts sur l'investigation des activités criminelles qui ont lieu sans sa participation.

As I summarized in *Mack*, at pp. 964-65, there are two principal branches of the test for entrapment. The defence is available 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;

(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.

. . .

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.

It is apparent that the police officer involved in this case did not have a "reasonable suspicion" that the accused was already engaged in unlawful drug-related activity. The factors that drew the officer's attention to this particular accused—his manner of dress, the length of his hair—were not sufficient to give rise to a reasonable suspicion that criminal acts were being committed. Furthermore, the subjectiveness of the officer's decision to approach the accused, based on a "hunch" or "feeling" rather than extrinsic evidence, also indicates that the accused did not, as an individual, arouse a reasonable suspicion.

Consequently, the police conduct in this case will amount to entrapment unless the officer presented the accused with the opportunity to sell drugs in the course of a bona fide inquiry. In my opinion, the police officer involved in this case was engaged in such a *bona fide* investigation. First, there is no question that the officer's conduct was motivated by the genuine purpose of investigating and repressing criminal activity. The police department had reasonable grounds for believing that drug-related crimes were occurring throughout the Granville Mall area.

J'ai résumé dans l'arrêt *Mack*, aux pp. 964 et 965, le critère à deux volets de la provocation policière. Ce moyen de défense peut être invoqué 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) quoiqu'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.

c . . .

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.

Il est manifeste que la policière en l'espèce ne pouvait pas «raisonnablement soupçonner» que l'accusé était déjà engagé dans une activité illégale liée à la drogue. Les facteurs qui ont attiré son attention vers cet accusé en particulier—sa tenue vestimentaire, la longueur de ses cheveux—ne suffisaient pas pour susciter un soupçon raisonnable que des actes criminels étaient commis. De plus, le caractère subjectif de la décision de la policière d'aborder l'accusé, fondée sur une «intuition» ou un «pressentiment» et non sur une preuve extrinsèque, indique aussi que l'accusé n'avait pas, de par son propre comportement, fait naître un soupçon raisonnable.

Par conséquent, la conduite de la policière en l'espèce équivaudra à de la provocation, à moins qu'elle n'ait fourni à l'accusé l'occasion de vendre de la drogue au cours d'une véritable enquête. Or, à mon avis, la policière en question était engagée dans une telle enquête. En premier lieu, il ne fait aucun doute que sa conduite était motivée par l'objectif réel d'enquêter et de réprimer des activités criminelles. Le service de police avait des motifs raisonnables de croire que des crimes liés à la drogue étaient perpétrés dans tout le secteur de Granville Mall. L'accusé n'a donc

The accused was not, therefore, approached for questionable motives unrelated to the investigation and repression of crime.

pas été abordé pour des motifs contestables, non reliés à l'investigation et à la répression du crime.

a

Secondly, the police department directed its investigation at a suitable area within the city of Vancouver. As I noted in *Mack, supra*, the police may present the opportunity to commit a particular crime to persons who are associated with a location where it is reasonably suspected that criminal activity is taking place. I stated, at p. 956:

b

En second lieu, le service de police a concentré son enquête sur un secteur approprié de la ville de Vancouver. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Mack*, précité, la police peut fournir l'occasion de commettre un crime donné à des personnes qui sont associées à un lieu où l'on peut raisonnablement soupçonner que se déroulent des activités criminelles. J'ai dit, à la p. 956:

c

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.

d

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.

e

The police department in this case focused its investigation on an area of Vancouver, a section of Granville Street covering approximately six city blocks, where it was reasonably suspected that drug-related crimes were occurring. In my opinion, they would not have been able to deal with the problem effectively had they restricted the investigation to a smaller area. Although there were particular areas within the Granville Mall where drug trafficking was especially serious, it is true that trafficking occurred at locations scattered generally throughout the Mall. It is also true that traffickers did not operate in a single place. It would be unrealistic for the police to focus their investigation on one specific part of the Mall given the tendency of traffickers to modify their techniques in response to police investigations. The trial judge admitted that the Mall was "known as an area of considerable drug activity". Similarly, the Court of Appeal found support in the evidence given at trial by Staff Sergeant Davies of the Vancouver City Police. In discussing the police department's activities in 1988, Staff Sergeant Davies indicated, at p. 370, that:

f

g

h

i

j

En l'espèce, le service de police a concentré son enquête sur un secteur de Vancouver, soit une partie de la rue Granville, sur une longueur d'environ six pâtés de maisons, qu'il suspectait raisonnablement d'être le foyer de crimes liés à la drogue. À mon avis, la police n'aurait pu s'attaquer efficacement au problème si elle s'était restreinte à un secteur plus limité. Le trafic de drogues était certes particulièrement actif dans certaines zones de Granville Mall, mais ce commerce se pratiquait généralement, il est vrai, dans tout le secteur. Il est aussi vrai que les trafiquants n'opéraient pas en un seul lieu. Il serait irréaliste que les policiers concentrent leur enquête en un seul endroit particulier de la rue piétonnière étant donné la tendance des trafiquants de modifier leurs techniques en réponse aux enquêtes policières. Le juge du procès a admis que le Mall était [TRADUCTION] «connu comme zone où le trafic de drogues est très actif». De même, la Cour d'appel s'est appuyée sur la déposition au procès du sergent d'état-major de la police municipale de Vancouver. Parlant des activités du service de police en 1988, le sergent Davis a fourni les indications suivantes, à la p. 370:

## [TRADUCTION]

- (a) Of the 2,294 persons charged with drug offences, approximately 22% were from incidents in the Granville Mall area;
- (b) 506 arrests were made on the mall resulting in 659 charges — 289 for trafficking, 199 for possession for the purpose of trafficking;
- (c) 315 arrests were made in “buy and bust” operations resulting in 475 charges.

- a) Sur les 2 294 personnes accusées d’infractions liées à la drogue, approximativement 22 pour 100 étaient associées à des incidents survenus dans le secteur de Granville Mall;
- b) Sur 506 arrestations effectuées sur la rue piétonnière, on a porté 659 accusations dont 289 pour trafic, 199 pour possession aux fins de trafic;
- c) On a procédé à 315 arrestations à la suite d’opérations «achat bidon», et on a porté 475 accusations.

The Court of Appeal concluded, at p. 372:

La Cour d’appel en a conclu, à la p. 372:

The evidence at trial disclosed that sales of narcotics took place up and down the mall and it was for that reason that the undercover officer walked up and down the mall approaching persons and providing an opportunity to sell illicit drugs to her.

[TRADUCTION] La preuve produite au procès révélait que les ventes de stupéfiants avaient lieu tout le long de la rue piétonnière et c’est pourquoi la policière en civil se promenait en abordant certaines personnes et en leur fournissant l’occasion de lui vendre des drogues illicites.

It is, therefore, my opinion that the police department was engaged, in these circumstances, in a *bona fide* inquiry.

Je suis par conséquent d’avis que le service de police était, dans les circonstances, engagé dans une véritable enquête.

I note that in many cases, the size of the area itself may indicate that the investigation is not *bona fide*. This will be so particularly when there are grounds for believing that the criminal activity being investigated is concentrated in part of a larger area targeted by the police. In this case, however, for the reasons discussed above, it was reasonable for the Vancouver Police Department to focus its investigation on the Granville Mall.

Je souligne que dans bien des cas l’étendue du secteur indique qu’il s’agit d’une véritable enquête. Ce sera en particulier le cas quand il existe des motifs de croire que l’activité criminelle visée par l’enquête est concentrée dans une partie du secteur choisi par la police. En l’espèce toutefois, pour les motifs qui précèdent, il était raisonnable de la part des services de police de Vancouver de centrer leur enquête sur Granville Mall.

The accused argues that although the undercover officer was involved in a *bona fide* inquiry, she nevertheless engaged in random virtue-testing since she approached the accused without a reasonable suspicion that he was likely to commit a drug-related offence. She approached the accused simply because he was walking near Granville Street.

L’accusé fait valoir que, bien que la policière en civil ait été engagée dans une véritable enquête, elle cherchait néanmoins à éprouver au hasard la vertu des gens, étant donné qu’elle a abordé l’accusé sans raisonnablement soupçonner qu’il était susceptible de commettre une infraction reliée à la drogue. Elle l’a abordé pour la simple raison qu’il marchait près de la rue Granville.

In my respectful opinion, this argument is based on a misinterpretation of *Mack*. I recognize that some of my language in *Mack* might be responsible for this misinterpretation. In particular, as noted above, I stated, at p. 956:

Avec égards, j’estime que cet argument repose sur une interprétation erronée de l’arrêt *Mack*. Je reconnais que certains de mes propos dans cet arrêt peuvent être à l’origine de cette interprétation erronée. Pour reprendre un passage déjà cité, j’affirme en particulier, à la p. 956:

In those cases [where there is a particular location where it is reasonably suspected that certain crimes are taking place] 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.

This statement should not be taken to mean that the police may not approach people on a random basis, in order to present the opportunity to commit an offence, in the course of a *bona fide* investigation. The basic rule articulated in *Mack* is that the police may only present the opportunity to commit a particular crime to an individual who arouses a suspicion that he or she is already engaged in the particular criminal activity. An exception to this rule arises when the police undertake a *bona fide* investigation directed at an area where it is reasonably suspected that criminal activity is occurring. When such a location is defined with sufficient precision, the police may present any person associated with the area with the opportunity to commit the particular offence. Such randomness is permissible within the scope of a *bona fide* inquiry.

Random virtue-testing, conversely, only arises when a police officer presents a person with the opportunity to commit an offence without a reasonable suspicion that:

- (a) the person is already engaged in the particular criminal activity, or
- (b) the physical location with which the person is associated is a place where the particular criminal activity is likely occurring.

In this case, the accused was approached by the officer when he was walking near the Granville Mall. The notion of being "associated" with a particular area for these purposes does not require more than being present in the area. As a result, the accused was associated with a location where it was reasonably believed that drug-related crimes were occurring. The officer's conduct was therefore justified under the

Dans ces cas [où il y a un lieu particulier qu'on peut raisonnablement suspecter d'être le théâtre d'une certaine activité criminelle], 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.

Cet énoncé ne doit pas être interprété comme signifiant que la police ne peut, au cours d'une véritable enquête, aborder les gens au hasard pour leur fournir l'occasion de commettre une infraction. La règle fondamentale qui se dégage de l'arrêt *Mack* est que la police ne peut fournir l'occasion de commettre un crime donné qu'à un individu dont la conduite fait naître le soupçon qu'il est déjà engagé dans une activité criminelle particulière. Il y a exception à cette règle dans les cas où la police entreprend une véritable enquête dans un secteur dont on peut raisonnablement soupçonner qu'il est le théâtre d'activités criminelles. Lorsque ce secteur est défini avec suffisamment de précision, la police peut fournir à toute personne qui y est associée l'occasion de commettre l'infraction en particulier. Cette façon de procéder au hasard est permise dans le cadre d'une véritable enquête.

À l'inverse, on ne peut dire d'une opération qu'elle vise à éprouver au hasard la vertu des gens que dans les cas où un policier donne à une personne l'occasion de commettre une infraction sans avoir de bonnes raisons de soupçonner:

- a) que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle donnée; ou
- b) que le lieu physique auquel la personne est associée est susceptible d'être le théâtre de cette activité criminelle.

En l'espèce, l'accusé a été abordé par la policière alors qu'il marchait près de Granville Mall. Pour qu'une personne soit, aux fins en cause, «associée» à un secteur en particulier, il suffit qu'elle y soit présente. Ainsi, l'accusé était associé à un lieu dont on pouvait raisonnablement croire qu'il était le théâtre de crimes liés à la drogue. La conduite de la policière était donc justifiée en vertu du premier volet du cri-

first branch of the test for entrapment set out in *Mack*.

For these reasons, it is my opinion that the officer did not engage in random virtue-testing in this case. I would, therefore, dismiss the appeal and uphold the decision of the Court of Appeal ordering a new trial.

*Does this Court have jurisdiction, as a result of the finding that the police officer did not engage in random virtue-testing, to enter convictions with respect to the three charges?*

As noted above, the accused was found guilty at trial of trafficking in cannabis resin, of the included offence of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking, and of possession of marijuana. The trial judge entered a judicial stay with respect to the three offences on the grounds that the accused was entrapped. The Crown appealed to the Court of Appeal, arguing that the Court should overturn the trial judge's decision and enter convictions with respect to the three charges. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, but ordered a new trial to determine whether there had been entrapment pursuant to the second branch of the *Mack* test. Entrapment occurs under the second branch if the police go beyond providing the opportunity for a person to commit an offence and induce the commission of the offence.

The Crown now submits that this Court, having found that there was no entrapment under the first branch of the *Mack* test, should enter convictions with respect to the three offences. This submission turns on the assumption that it cannot be reasonably inferred from the evidence adduced at trial that the police officer induced the commission of the offence. The accused submits that this Court should not accede to the Crown's request, since the Crown did not cross-appeal the portion of the Court of Appeal's order directing that a new trial be held.

tère de la provocation policière énoncé dans l'arrêt *Mack*.

Pour ces motifs, j'estime que la policière ne cherchait pas, en l'espèce, à éprouver au hasard la vertu des gens. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès.

*Notre Cour a-t-elle compétence, étant donné la conclusion que la policière ne cherchait pas à éprouver au hasard la vertu des gens, pour prononcer des déclarations de culpabilité à l'égard des trois accusations?*

Comme je l'ai souligné auparavant, l'accusé a été déclaré coupable au procès de trafic de résine de cannabis, de l'infraction comprise de possession de résine de cannabis à des fins de trafic et de possession de marijuana. Le juge du procès a prononcé l'arrêt des procédures relatif aux trois infractions au motif que l'accusé avait été victime d'une provocation policière. Le ministère public a interjeté appel, faisant valoir que la Cour d'appel devait infirmer la décision du juge du procès et prononcer des déclarations de culpabilité à l'égard des trois accusations. La Cour d'appel accueillit l'appel du ministère public, mais ordonna la tenue d'un nouveau procès pour déterminer s'il y avait eu provocation policière en vertu du second volet du critère de l'arrêt *Mack*. Il y a provocation policière en vertu de ce second volet si le policier fait plus que fournir à une personne l'occasion de commettre une infraction et l'incite à perpétrer cette infraction.

Le ministère public allègue maintenant qu'ayant conclu à l'absence de provocation policière en vertu du premier volet du critère de l'arrêt *Mack*, notre Cour devrait prononcer des déclarations de culpabilité à l'égard des trois infractions. Cet argument présume qu'il ne peut être raisonnablement inféré de la preuve présentée au procès que c'est la policière qui a incité l'accusé à perpétrer l'infraction. L'accusé prétend quant à lui que notre Cour ne devrait pas accéder à la requête du ministère public puisque ce dernier n'a pas formé de pourvoi incident sur cette partie de l'ordonnance de la Cour d'appel visant la tenue d'un nouveau procès.

In my opinion, this Court does not have jurisdiction to vary the Court of Appeal's order at the request of the Crown, in the absence of an appeal by the Crown. The Crown had no ability to appeal, by right or by leave, the decision of the Court of Appeal to this Court. Section 693(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, sets out the situations when the Crown may appeal to this Court:

**693.** (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

The Court of Appeal in this case allowed an appeal by the Crown from a judicial stay of proceedings ordered at trial. As noted by this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at p. 148, a stay of proceedings is, for all practical purposes, "tantamount to a judgment or verdict of acquittal". As a result, the Crown, under s. 693(1), neither had a right to appeal nor to apply for leave to appeal the Court of Appeal's decision to this Court. Furthermore, the Crown was unable to apply for leave to appeal under the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, by virtue of s. 40(3) of the Act.

The Crown submits that the decision by the accused to appeal to this Court invokes the application of s. 695(1) of the *Criminal Code*. Section 695(1) provides as follows:

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

The Crown argues that since the Court of Appeal had jurisdiction under s. 686(4)(b)(ii) to enter convictions with respect to the three charges, s. 695(1) gives this Court jurisdiction to do the same. With respect, I dis-

À mon avis, notre Cour n'a pas compétence pour modifier l'ordonnance de la Cour d'appel à la demande du ministère public, en l'absence d'un pourvoi formé par celui-ci. Le ministère public n'était pas habilité à interjeter appel en notre Cour, de plein droit ou sur autorisation, contre l'arrêt de la Cour d'appel. Le paragraphe 693(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, énonce les cas où le ministère public peut se pourvoir devant notre Cour:

**693.** (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)a), b) ou c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

En l'espèce, la Cour d'appel a accueilli l'appel que le ministère public avait interjeté contre l'arrêt des procédures ordonné au procès. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, à la p. 148, un arrêt des procédures, à toutes fins pratiques, «équivalait à un jugement ou verdict d'acquiescement». Par conséquent, le ministère public n'avait, en vertu du par. 693(1), ni le droit d'interjeter appel, ni celui de demander l'autorisation d'en appeler de l'arrêt de la Cour d'appel devant notre Cour. Le ministère public ne pouvait non plus demander l'autorisation de se pourvoir en vertu du par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26.

Le ministère public soutient que la décision de l'accusé d'en appeler devant notre Cour met en jeu l'application du par. 695(1) du *Code criminel*. Ce paragraphe dispose:

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

Selon le ministère public, étant donné que la Cour d'appel avait compétence, en vertu du sous-al. 686(4)b)(ii), pour prononcer des déclarations de culpabilité à l'égard des trois infractions, le



agree with the Crown's contention. Section 695(1) does not allow this Court to make, in all circumstances, a decision that we believe the Court of Appeal could have and should have made. As was held in *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356, this Court has jurisdiction under s. 695(1) to modify an order at the request of the Crown when there is an appeal by the Crown asking us to do so. I stated in *Guillemette*, at p. 364:

Where there is no appeal by the Crown asking us to do so, this Court cannot, in place of the Court of Appeal, make the order which we might feel it should have made . . . .

When there is no appeal by the Crown, an accused cannot leave this Court with less than what he gained from the court of appeal.

In the absence of an appeal by the Crown, this Court has no jurisdiction to allow the Crown's request that the order below be modified. To hold otherwise would allow the Crown to appeal to this Court where such an opportunity has not been provided by the *Criminal Code* or the *Supreme Court Act*. The Crown is not given by statute the ability to appeal to this Court a decision which allowed its appeal from an acquittal or judicial stay of proceedings, but which gave the Crown less than what had been requested. As a result, there is no statutory provision which would allow the Crown to appeal from the Court of Appeal's judgment. Absent a statutory right of appeal, there is no right of appeal.

#### Disposition

For the reasons given above, I would dismiss the accused's appeal and uphold the decision of the Court of Appeal ordering a new trial.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part)—I have had the benefit of the reasons of the Chief Justice but am nevertheless compelled to reach a different conclusion concerning the jurisdiction of this Court to

par. 695(1) confère à notre Cour la même compétence. Avec égards, je ne partage pas la prétention du ministère public. Le paragraphe 695(1) n'autorise pas notre Cour à rendre, dans tous les cas, la décision qu'à son avis la Cour d'appel aurait pu et aurait dû rendre. Selon l'arrêt *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356, notre Cour, en vertu du par. 695(1), est compétente pour modifier une ordonnance à la demande du ministère public, lorsqu'une telle demande est faite dans un pourvoi. J'affirme dans cet arrêt, à la p. 364:

En l'absence d'un pourvoi de la Couronne nous le demandant, il ne nous est pas loisible de rendre en place et lieu de la Cour d'appel l'ordonnance que nous serions d'avis qu'elle eût dû rendre . . .

Lorsque le ministère public n'a pas formé de pourvoi, l'accusé ne peut quitter notre Cour avec moins que ce qu'il avait obtenu de la cour d'appel.

En l'absence donc d'un pourvoi du ministère public, notre Cour n'a pas compétence pour accueillir sa requête en modification de l'ordonnance prononcée à l'instance inférieure. Conclure autrement serait permettre au ministère public de se pourvoir devant nous alors que cette faculté ne lui est accordée ni par le *Code criminel* ni par la *Loi sur la Cour suprême*. Le ministère public n'est pas, de par la loi, habilité à se pourvoir devant notre Cour contre une décision qui a accueilli l'appel qu'il avait interjeté d'un verdict d'acquiescement ou d'un arrêt des procédures, mais qui lui a donné moins que ce qui avait été demandé. Par conséquent, il n'existe aucune disposition législative qui permettrait au ministère public de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Sans droit d'appel prévu par la loi, il n'y a pas de droit d'appel.

#### Dispositif

Pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de l'accusé et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel ordonnant un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef mais je me dois de conclure différemment quant à la juridiction de notre Cour d'inscrire des déclara-

enter convictions regarding the three charges stayed by the trial judge. As the Chief Justice's resolution of the entrapment issue commends itself to me, I will only address the second issue raised by this case, the jurisdiction issue.

### Proceedings

As the Chief Justice has set out the facts and summarized the judgments of the courts below, it is not necessary to refer to them at length. For ease of reference, however, I will set out a brief summary of the proceedings in this case.

At trial, the accused was charged with: (1) trafficking in cannabis resin, (2) possession of cannabis resin for the purpose of trafficking, and (3) possession of marijuana. He was found guilty of counts (1) and (3) and of the included offence of possession regarding the second count. The issue at trial, then, was whether or not a stay should be directed, on the ground that the accused had been entrapped. The trial judge held that Barnes had indeed been entrapped and directed the entry of a stay on the three counts.

The Crown appealed. The Court of Appeal allowed the appeal, concluding that entrapment did not lie on the facts of the case, and, in spite of vigorous contrary arguments by the Crown, ordered a new trial on the issue of whether the "defence" of entrapment, on the second branch of the test set out in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, could be made out on the facts.

Barnes appealed to this Court, "as of right" that is, under the statutory direction of s. 691(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. As the Chief Justice states, at p. 465, "[t]he Crown had no ability to appeal, by right or by leave, the decision of the Court of Appeal to this Court." Thus, there is no

tions de non culpabilité concernant les trois accusations à l'égard desquelles le juge du procès a prononcé la suspension des procédures. Comme je suis d'accord avec le Juge en chef sur la question de la provocation policière, je n'examinerai que la seconde question soulevée en l'espèce, soit celle de la compétence.

### b Les procédures

Comme le Juge en chef a exposé les faits et a résumé les jugements des tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas nécessaire d'y revenir en détail. Toutefois, par souci de commodité, je résumerai les procédures en l'espèce.

Au procès, l'accusé a été inculpé de: (1) trafic de résine de cannabis, (2) possession de résine de cannabis dans le but d'en faire le trafic, et (3) possession de marijuana. Il a été déclaré coupable à l'égard des chefs d'accusation (1) et (3) et de l'infraction comprise de possession relativement au deuxième chef. La question au procès était de déterminer si la suspension des procédures pouvait être ordonnée parce que l'accusé avait fait l'objet de provocation policière. Le juge du procès a conclu que Barnes avait en fait été victime de provocation policière et a ordonné la suspension des procédures à l'égard des trois chefs d'accusation.

Le ministère public a interjeté appel. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les faits de l'espèce ne révélaient pas l'existence de provocation policière. Malgré de solides arguments contraires de la part du ministère public, la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée sur la question de savoir si le «moyen de défense» de provocation policière, en application du deuxième volet du test établi dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, pouvait être fondé dans les faits.

Barnes a interjeté appel «de plein droit», soit en application des dispositions de l'al. 691(2)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Comme le dit le Juge en chef à la p. 465, «[l]e ministère public n'était pas habilité à interjeter appel en notre Cour, de plein droit ou sur autorisation, contre l'arrêt de la Cour

Crown appeal as such arising for consideration in this case.

### Analysis

At the outset, we must be clear that the appeal presently before this Court was instituted by Barnes, the accused. He is appealing from the judgment of the Court of Appeal allowing the Crown's appeal of the stay and ordering a new trial. The Crown did not appeal the order for a new trial to this Court since the *Criminal Code* does not provide for such an appeal by the Crown. Given that, in my respectful opinion, the accused's appeal to this Court must fail on the issue of entrapment, the remaining question is whether the order for a new trial by the Court of Appeal can be set aside, and convictions entered, absent an appeal by the Crown.

### *The General Rule Regarding Appellate Jurisdiction*

As the Chief Justice rightly points out, the general rule is that an appellate court cannot disturb a verdict of acquittal or, in any other respect, modify an order such as the one made here directing a new trial, absent an appeal by the Crown asking it to do so. Appellate jurisdiction is conferred entirely by statute. This general rule regarding appellate court jurisdiction has been affirmed in a number of recent cases from this Court. The reasons for such a rule are obvious—in most circumstances, to proceed otherwise would expose the accused to unfairness and prejudice, due to the lack of notice regarding the scope of the appellate proceedings and the lack of prior warning as to the degree to which the accused has been placed in jeopardy.

In *Rickard v. The Queen*, [1970] S.C.R. 1022, Ritchie J., for the majority, held that whether or not the Crown can in fact appeal in the circumstances of a particular case is irrelevant, but rather, the "controlling factor" is merely whether the Crown has appealed the acquittal or order.

d'appel.» Par conséquent, il n'y a pas de pourvoi à considérer comme tel de la part du ministère public en l'espèce.

### *a* Analyse

Dès le départ, il doit être clair que l'appel a été interjeté par l'accusé Barnes. Il en appelle de l'arrêt de la Cour d'appel qui a accueilli l'appel du ministère public contre la suspension des procédures et ordonné un nouveau procès. Le ministère public n'en a pas appelé devant notre Cour contre l'ordonnance de nouveau procès étant donné que le *Code criminel* ne prévoit pas que le ministère public puisse en appeler. Comme, à mon humble avis, le pourvoi de l'accusé devant notre Cour doit échouer sur la question de la provocation policière, il reste à déterminer si l'ordonnance de nouveau procès, prononcée par la Cour d'appel, peut être annulée et des déclarations de culpabilité inscrites, en l'absence d'appel du ministère public.

### *La règle générale concernant la juridiction d'appel*

Comme le Juge en chef le souligne avec justesse, la règle générale est qu'une cour d'appel ne peut modifier un verdict d'acquiescement ou, à tous autres égards, modifier une ordonnance, telle l'ordonnance de nouveau procès rendue en l'espèce, lorsque le ministère public ne lui a pas demandé de le faire par inscription en appel. La juridiction d'une cour d'appel est conférée entièrement par un texte de loi. Cette règle générale concernant la compétence d'une cour d'appel a été confirmée dans plusieurs arrêts récents de notre Cour. Les motifs qui justifient une telle règle sont évidents: dans le plupart des cas, procéder autrement exposerait l'accusé à un risque d'injustice ou de préjudice, en raison de l'absence d'avis concernant la portée des procédures d'appel et de l'absence d'avertissement préalable concernant le degré de péril auquel il est exposé.

Dans l'arrêt *Rickard c. La Reine*, [1970] R.C.S. 1022, le juge Ritchie, au nom de la majorité, a conclu qu'il importe peu que le ministère public puisse ou non interjeter appel dans les circonstances d'une affaire en particulier, mais que le «facteur déterminant» est simplement de savoir si la poursuite a interjeté appel contre l'acquiescement ou l'ordonnance.

Lamer J. (as he then was), reiterated the general rule in *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356, when, speaking for the Court, he stated at p. 361:

In ordering a new trial on the original charge of second-degree murder, the Court of Appeal in the same breath set aside the acquittal implicitly made by the jury on that charge. Where there has been no appeal by the Crown, to allow this result, which only the Crown was entitled to seek, constitutes an error of law.

See also *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at p. 21.

That this is a rule of general application is beyond dispute. There are situations, however, in which the laudable rationales underlying this rule are inoperative and, as such, these situations are treated differently in terms of the application of the general rule. One such situation, already recognized by this Court, deals with circumstances where the rule against multiple convictions, or the *Kienapple* principle, is triggered.

#### *The Rule Against Multiple Convictions*

Before considering the so-called *Kienapple* exception to the general rule regarding appellate court jurisdiction, it may be helpful to briefly recall the nature of the *Kienapple* principle itself. The doctrine of *res judicata*, which has evolved alongside other doctrines designed to prevent unfairness to the accused, has a long history in the criminal law. These doctrines prohibit the trying of an accused twice for the same offence. The decision of this Court in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, extended the traditional formulation of *res judicata* to cover situations where an accused is charged with offences having a close factual and legal relationship. Simply stated, the rule against multiple convictions, or the *Kienapple* principle, “proposes that an individual should not be subjected to more than one conviction arising out of the same “cause or matter” or the same “delict”, consisting of a single criminal act committed in circumstances where the offences alleged are comprised of the same or substantially the same facts and elements”, (see Jordan, “Application

Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a réitéré la règle générale dans l’arrêt *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356, lorsque, au nom de la majorité, il écrit à la p. 361:

En ordonnant la tenue d’un nouveau procès sur l’accusation originale de meurtre au deuxième degré, la Cour d’appel annulait donc du même souffle l’acquittement implicitement prononcé par le jury sur cette accusation. Accorder ces conclusions que seule la Couronne était en droit de rechercher constitue, en l’absence d’appel par cette dernière, une erreur de droit.

Voir également *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3 à la p. 21.

Il est incontestable qu’il s’agit d’une règle d’application générale. Toutefois, il existe des situations où la philosophie sous-jacente à cette règle est inopérante et ces situations sont traitées de manière différente pour ce qui est de l’application de la règle générale. Une de ces situations qui a déjà été reconnue par notre Cour vise la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, ou le principe de l’arrêt *Kienapple*.

#### *La règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples*

Avant d’examiner ce qu’on appelle l’exception de l’arrêt *Kienapple* à la règle générale concernant la compétence d’une cour d’appel, il peut être utile de rappeler brièvement la nature du principe de l’arrêt *Kienapple* lui-même. Le principe de la chose jugée, qui a évolué avec d’autres doctrines destinées à empêcher que l’accusé ne subisse une injustice, existe depuis longtemps en droit pénal. Ces doctrines interdisent de juger deux fois un accusé pour la même infraction. Dans l’arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, notre Cour a étendu la formulation traditionnelle du principe de l’autorité de la chose jugée pour englober des situations dans lesquelles une personne est accusée d’infractions qui ont un rapport factuel et juridique étroit. En termes simples, la règle contre les déclarations de culpabilité multiples, ou le principe de l’arrêt *Kienapple*, [TRADUCTION ] « propose qu’une personne ne devrait pas être soumise à plus d’une déclaration de culpabilité découlant de la même «cause ou chose» ou du même «délict» constitué d’un seul acte criminel commis dans des circons-

and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: *Kienapple v. The Queen to R. v. Prince*" (1985), 14 *Man. L.J.* 341).

As Laskin J. (as he then was), for the majority, in *Kienapple v. The Queen*, *supra*, pointed out, the rule formulated in that case is a logical application of *res* *judicata*. He noted that other concepts such as *autrefois convict* and issue estoppel are, as they have been traditionally construed, inappropriate in dealing with the cases envisaged by the rule against multiple convictions. Laskin J. framed the relevant inquiry in these terms, at p. 750:

... whether the same cause or matter (rather than the same offence) is comprehended by two or more offences.

In *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, at p. 486, this Court comprehensively reexamined the "nature and scope of the principle of *res judicata* articulated for the majority by Laskin J." While the rule itself remained intact, Chief Justice Dickson, for the Court, set out at length the nature of the questions to be asked in a determination of the application of the rule. The focus of an inquiry into the proper application of the rule must be guided by discussions going to the factual and legal nexus between the offences.

In order to give practical effect to the rule against multiple convictions, the courts in this country have devised a procedure wherein a judicial stay of the convictions is entered in order to avoid contravention of the rule. This will be discussed in more depth below, along with the effect this procedure has on the general rule regarding appellate jurisdiction. What is more at issue here is the effect of such a procedure as regards appellate jurisdiction. Parliament has not chosen to provide a rule accommodating this situation,

tances dans lesquelles les infractions alléguées comportent les mêmes ou essentiellement les mêmes faits et éléments», (voir Jordan, «Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions:

<sup>a</sup> *Kienapple v. The Queen to R. v. Prince*» (1985), 14 *Man. L.J.* 341).

<sup>b</sup> Comme le juge Laskin (plus tard Juge en chef) l'a fait remarquer au nom de la majorité dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, précité, la règle formulée dans cet arrêt est une application logique du principe de l'autorité de la chose jugée. Il a souligné que d'autres concepts, comme ceux de l'autrefois convict ou de l'irrecevabilité à remettre en cause une question, suivant leur interprétation traditionnelle, ne conviennent pas pour traiter les affaires visées par la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Le juge Laskin a ainsi formulé la question pertinente à la p. 750:

... savoir si la même cause ou chose (plutôt que la même infraction) se trouve comprise dans deux infractions ou plus.

<sup>e</sup> Dans l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, à la p. 486, notre Cour a examiné de façon détaillée «la question de la nature et de la portée du principe de l'autorité de la chose jugée énoncé au nom de la majorité par le juge Laskin». Bien que la règle elle-même soit demeurée intacte, le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, a exposé en détail la nature des questions qui doivent être posées pour que la règle s'applique. Pour l'application correcte de la règle, l'examen doit mettre l'accent essentiellement sur le lien factuel et juridique existant entre les infractions.

<sup>h</sup> Afin de donner un effet pratique à la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, les tribunaux de notre pays ont élaboré une procédure par laquelle la suspension des déclarations de culpabilité est inscrite pour éviter de contrevenir à la règle. Cette question sera analysée de façon plus détaillée plus loin, ainsi que l'effet de cette procédure sur la règle générale concernant la compétence d'appel. La question principale ici est l'effet d'une telle procédure sur la compétence d'appel. Le législateur n'a pas formulé de règle qui tienne compte de cette situation, de sorte que nous devons nous en rapporter aux méthodes

so we have to turn to the methods devised by the courts to meet the problems created by this rule.

*The Procedure Implementing the Rule Against Multiple Convictions and its Effect on the General Rule Regarding Appellate Jurisdiction*

Due to the operation of the rule against multiple convictions, an exception to the general rule regarding Crown appeals and appellate jurisdiction has been formulated. This exception was first implicitly recognized in *R. v. Terlecki* (1983), 4 C.C.C. (3d) 522 (Alta. C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 483, and then later, explicitly, in *Provo, supra*. This exception was recognized in order to "accommodate the special relationship between offences which arise out of the same delict and are subject to special treatment under the rule against multiple convictions." (See *R. v. Provo, supra*, at p. 21).

In *Terlecki, supra*, the Alberta Court of Appeal set out the procedure to be followed in a *Kienapple* situation. They also noted that, in the context of the rule against multiple convictions, an exception should be made regarding the necessity of a Crown appeal from the stayed charges, or "acquittals". According to the Alberta Court of Appeal, guilt or innocence regarding the various charges giving rise to the *Kienapple* principle should be determined at the outset. If the accused is found guilty of the charges, a conditional stay is entered on the less serious charge, in order to avoid running afoul of the principle. If the accused successfully appeals the conviction, the appellate court is able, absent an appeal by the Crown, to remit the matter back to the trial judge for the entry of a conviction on the charge conditionally stayed but upon which the trial judge has previously determined guilt. In upholding the judgment of the Court of Appeal, this Court generally approved of the procedure set out by the Alberta Court of Appeal.

auxquelles ont eu recours les tribunaux pour régler les problèmes que crée cette règle.

*La procédure d'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples et son effet sur la règle générale concernant la compétence d'appel*

En raison de l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, une exception à la règle générale concernant les appels du ministère public et la compétence d'appel a été formulée. Cette exception a d'abord été reconnue implicitement dans l'arrêt *R. v. Terlecki* (1983), 4 C.C.C. (3d) 522 (C.A. Alb.), conf. par [1985] 2 R.C.S. 483, et, par la suite, de façon explicite dans l'arrêt *Provo*, précité. Cette exception a été reconnue pour tenir «compte des liens particuliers existant entre les infractions qui découlent d'un même délit et qui sont assujetties à un traitement spécial en vertu de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples» (*R. c. Provo*, précité, à la p. 21).

Dans l'arrêt *Terlecki*, précité, la Cour d'appel de l'Alberta a établi la procédure à suivre dans une situation comme celle de l'affaire *Kienapple*. Elle a également souligné que, dans le contexte de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, il fallait prévoir une exception relativement à la nécessité d'un appel du ministère public contre la suspension des accusations ou contre les «acquittements». Selon la Cour d'appel de l'Alberta, la culpabilité ou l'innocence relative aux diverses accusations qui donnent lieu à l'application du principe de l'arrêt *Kienapple* devrait être déterminée dès le départ. Si l'accusé est reconnu coupable des accusations, la suspension conditionnelle est inscrite relativement à l'accusation la moins grave, pour éviter la violation du principe. Si l'accusé a gain de cause en appel de la déclaration de culpabilité, la cour d'appel peut, en l'absence d'un appel du ministère public, renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il inscrive une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation qui a fait l'objet d'une suspension conditionnelle mais à l'égard de laquelle la culpabilité de l'accusé a déjà été reconnue. En confirmant l'arrêt de la Cour d'appel, notre Cour a approuvé d'une manière générale la procédure établie par la Cour d'appel de l'Alberta.

In *Provo, supra*, Justice Wilson, for the Court, discussed the practical and policy reasons for the use of a conditional stay in these circumstances but also explicitly approved of the “*Kienapple* exception” to the general rule respecting appellate court jurisdiction due, as set out previously, to the nature of the relationship between the offences in such a situation.

Where the rule against multiple convictions is operative, the general rule is inapplicable. The “acquittal” on one or more of the charges is not an acquittal in the sense that the accused has not been found guilty, i.e., “that the state had not met its burden of proving the elements of the offence”—see *Provo, supra*, at p. 17—but only in the sense that there exists an overriding rationale, discussed above, for staying the charges. The general rule has little meaning in a situation where the *Kienapple* principle applies, as the accused must be taken to be cognizant of the fact that the continued effect of the “acquittal”, is lifted and the conviction reinstated should the Crown’s appeal of the stay, by appealing the application of the rule itself, be successful or should the accused successfully appeal one of the convictions. An “acquittal”, that the general rule would require the Crown to appeal, is contingent upon the Crown’s successful appeal of the stay or upon the successful appeal by the accused of the conviction. Upon a successful appeal of the stay or conviction, understandably, the “acquittal” is no longer meaningful or effective, as the reason for its existence in the first place, the *Kienapple* principle, is gone. There is really, nothing of substance for the Crown to appeal. In these circumstances arguments about prejudice and fairness to the accused have little merit.

How does an entrapment situation, as in the case here, relate to a *Kienapple* situation? Before answering this question I will examine the nature and scope of an entrapment inquiry and determine whether, in

Dans l’arrêt *Provo*, précité, le juge Wilson, au nom de la Cour, a analysé les raisons d’ordre pratique et de principe qui justifient l’utilisation d’une suspension conditionnelle dans ces circonstances et a également approuvé de façon explicite l’«exception de l’arrêt *Kienapple*» à la règle générale concernant la compétence des cours d’appel en raison, comme je l’ai dit précédemment, de la nature du rapport entre les infractions dans une telle situation.

Lorsque la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples s’applique, la règle générale est inopérante. L’«acquiescement» à l’égard d’une ou de plusieurs accusations n’est pas un acquiescement dans le sens que l’accusé n’a pas été déclaré coupable, c.-à-d. «que le ministère public ne se serait acquitté de son obligation de prouver les éléments de l’infraction» (voir *Provo*, précité, à la p. 17), mais seulement dans le sens où il existe des motifs prépondérants, mentionnés précédemment, de surseoir aux accusations. La règle générale a peu de sens dans une situation où le principe de l’arrêt *Kienapple* s’applique, car l’accusé est censé être au courant du fait que l’«acquiescement» cesse d’avoir un effet continu et que la déclaration de culpabilité reprend tout son effet si le ministère public obtient gain de cause dans sa contestation du sursis, en interjetant appel contre l’application de la règle elle-même, ou si l’accusé a gain de cause en appel de l’une des déclarations de culpabilité. L’«acquiescement», contre lequel le ministère public doit interjeter appel suivant la règle générale, dépend du succès de l’appel du ministère public contre le sursis ou du succès de l’appel par l’accusé contre la déclaration de culpabilité. Il va sans dire que, si un appel du sursis ou de la déclaration de culpabilité est accueilli, l’«acquiescement» n’a désormais plus de sens ou d’effet, car la raison initiale de son existence, le principe de l’arrêt *Kienapple*, a disparu. En réalité, il n’y a pas d’éléments sur lesquels le ministère public peut fonder un appel. Dans de telles circonstances, les arguments relatifs au préjudice causé à l’accusé et à l’équité envers celui-ci ont peu de mérite.

Comment un cas de provocation policière, comme en l’espèce, se rapporte-t-il à la situation visée par l’arrêt *Kienapple*? Avant de répondre à cette question, j’examinerai la nature et la portée de l’enquête rela-

the present instance, either of the two branches of an entrapment inquiry have been satisfied. Further, was the Court of Appeal justified in ordering a new trial on the second branch of the inquiry?

### *Entrapment*

Though this Court's first notable examination of entrapment took place in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418, the leading authority is *Mack, supra*, wherein Justice Lamer (as he then was), for a unanimous Court, articulated the rationales for and the parameters of what is now known as the "defence" of entrapment. It is within this discussion that he sets out the two branches of an entrapment inquiry, at p. 959:

There is, therefore, entrapment when: (a) the authorities provide an opportunity to persons to commit an offence without reasonable suspicion or acting *mala fides*, . . . 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 stated earlier, I agree fully with the Chief Justice's disposition of the entrapment issue in the present case. Before going to the issue of jurisdiction, however, I will briefly discuss the second arm of the entrapment inquiry since it is at the heart of the Court of Appeal's order for a new trial.

In *Mack, supra*, what constitutes "inducing" the commission of an offence, is distinguished from the permissible provision of a mere opportunity, and, thus, defines what will constitute entrapment on the second arm of the test. The central question in this form of entrapment is "have the police gone further than providing an opportunity and instead employed tactics designed to induce someone into the commission of an offence?" (see p. 959.) In considering this question, Lamer J. cautions that it must be answered in light of "the average person in the position of the accused" and sets out a non-exhaustive list of factors that will assist in formulating the answer. This list includes, among others, such factors as the persis-

tive à la provocation policière et je déterminerai si les deux volets de cette enquête ont été ici satisfaits. De plus, la Cour d'appel était-elle justifiée d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le deuxième volet de l'enquête?

### *La provocation policière*

Bien que l'arrêt *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418 ait été le premier à examiner véritablement la provocation policière par notre Cour, l'arrêt de principe est l'arrêt *Mack*, précité, dans lequel le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de la Cour, a exposé la raison d'être et les paramètres de ce qui est maintenant connu comme le «moyen de défense» de la provocation policière. C'est dans le cadre de cette analyse qu'il décrit les deux volets de cette enquête, à la p. 959:

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, [. . .] 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, je souscris entièrement à la façon dont le Juge en chef propose de trancher la question de la provocation policière en l'espèce. Toutefois, avant d'examiner la question de juridiction, j'analyserai brièvement le deuxième volet de l'enquête relative à la provocation policière puisqu'elle est au cœur de l'ordonnance de nouveau procès prononcée par la Cour d'appel.

L'arrêt *Mack*, précité, établit une distinction entre l'«incitation» à la perpétration d'une infraction et le fait acceptable de fournir une simple occasion, et définit ainsi ce qui constitue une provocation policière selon le deuxième volet du test. La question centrale, dans cette forme de provocation policière, est: «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?» (voir p. 959). Le juge Lamer souligne qu'en considérant cette question, il faut répondre en se plaçant dans la situation de «l'individu moyen, dans la position de l'inculpé» et dresse une liste non limitative de facteurs susceptibles d'ai-



tence of the police, whether rewards, deceit or exploitation are employed, disproportionate involvement of the police as compared to the accused and the existence of threats, veiled or otherwise.

Prior to applying this test, it should be noted that the trial judge, in the present case, did pursue the “preferable and safe course of making findings on all the counts charged” (*Provo, supra*, at p. 17). That there was no realistic debate about the guilt of the accused is apparent from the record and from the fact that the accused raised no “defence” other than one of entrapment. As regards entrapment, the trial judge did not need to determine whether entrapment on the second branch of the test, as set out in *Mack, supra*, was satisfied here, since he found entrapment based on the first branch of the test. He did, however, clearly set out that portion of the transaction relevant to this question in the following extract of his reasons:

The female undercover officer was part of a buy-and-bust operation conducted by the Vancouver Police Department. She saw the Accused at the northwest corner of Georgia and Granville, waiting for the light to change. . . . The undercover officer approached the Defendant and asked, “Got any weed?” He answered no. His partner then said to him, “She wants some weed.” The Defendant then looked over the undercover officer and again said no. She then said, “Come on, what have you got?” He said, “Hash. It’s gold.” She said, “How much?” He said, “15.” “Okay.” The three went into a doorway. He pulled out a small package and took a small portion from it. She gave him a marked \$20 bill, got \$4 in change, and left. That is pretty well the extent of the transaction. [Emphasis added.]

I fully agree with the Crown’s description of this transaction as being of the “briefest duration” and as “providing the barest of opportunities to an individual to engage in criminal activity”. It is obvious, from a discussion of the relevant legal principles applicable to entrapment going to the second branch of the test, and the findings of fact made by the trial judge, that there is no “live” issue regarding the second branch of the entrapment test. While, admittedly, cer-

der à formuler la réponse. Cette liste comprend, notamment, des facteurs tels la persistance de la police, l’utilisation de récompenses, de tromperie ou d’exploitation, l’implication disproportionnée de la police comparée à celle de l’inculpé et l’existence de menaces, voilées ou autres.

Avant d’appliquer ce test, il convient de souligner que le juge du procès en l’espèce a décidé «de rendre une décision à l’égard de tous les chefs d’accusation, ce qui est préférable et prudent» (*Provo*, précité, p. 17). Il ressort du dossier et du fait que l’accusé n’a pas invoqué d’autre «moyen de défense» que la provocation policière qu’un débat sur la culpabilité de l’accusé ne se posait pas. En ce qui a trait à la provocation policière, le juge du procès n’a pas eu à déterminer si on avait satisfait au deuxième volet du test établi dans l’arrêt *Mack*, précité, étant donné qu’il a conclu à la provocation policière en se fondant sur le premier volet de ce test. Toutefois, il a clairement énoncé quelle partie de l’opération était pertinente à l’égard de cette question dans le passage suivant de ses motifs:

[TRADUCTION] La policière en civil participait à une opération «achat bidon» menée par le service de police de Vancouver. Elle a vu l’accusé arrêté à un feu de circulation à l’angle nord-ouest des rues Georgia et Granville, attendant le changement du feu [. . .] La policière en civil s’est approchée du défendeur et lui a demandé, «As-tu de l’herbe?» Il a répondu par la négative. Son ami lui a alors dit: «Elle veut de l’herbe.» Le défendeur a examiné la policière en civil et a encore répondu par la négative. Elle a alors dit: «Allez, qu’est-ce que tu as?» Il a dit: «Du hash. C’est de l’or.» Elle a dit: «Combien?» Il a répondu: «15.» «D’accord.» Les trois sont allés sous un porche. Il a sorti un petit paquet et en a pris une petite partie. Elle lui a donné un billet de 20 \$ identifié, a reçu 4 \$ de monnaie et est repartie. Cela représente assez bien le déroulement de l’opération. [Je souligne.]

Je souscris entièrement à la description de cette opération faite par le ministère public comme étant [TRADUCTION] «très brève» et [TRADUCTION] «fournissant la plus simple occasion pour un individu de participer à une activité criminelle». Une analyse des principes juridiques pertinents applicables à la provocation policière relativement au deuxième volet du test et les conclusions de fait du juge du procès montrent à l’évidence qu’il n’y a pas de litige «réel» en ce

tain issues, such as issues of guilt or innocence, are fraught with difficult determinations going to the state of mind of an accused and, thus, are best left to the trial judge, this is clearly not the case here. Once this Court rejected the arguments of the accused going to the first branch of the entrapment inquiry, it is painfully clear that there was no point to the entrapment arguments of the accused. In fact, the primary, if not the sole, thrust of the accused's defence, evidenced through the proceedings at trial, was that the police had engaged in random virtue-testing not that the accused had been induced to commit a crime.

Everything I have said above makes clear why the defence proceeded in the manner it did. It appears, from the record and from the manner in which the accused conducted his defence, that, should the accused's appeal be dismissed, there was no expectation of success on any further ground or argument going to entrapment. In this light, it is as unreal to entertain arguments of prejudice to the accused in entering convictions as it is to order a new trial in such circumstances. Considering the entire set of circumstances in this case, the lack of adjudication by the trial judge regarding the second branch of the entrapment test can neither prevent the entering of a conviction nor justify the order for a new trial on that issue. Accordingly, I am respectfully of the view that the Court of Appeal erred in ordering a new trial on this second branch of the test of entrapment in the circumstances of this case.

My conclusions in this regard are supported by this Court's unanimous decision in *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, wherein this Court considered the nature of the Court of Appeal's ability, under s. 613(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now s. 686(4)(b)(ii)), to enter a conviction rather than order a new trial. Lamer J. (as he then was), for the Court, set out within the context of the argument advanced by the Crown, the circumstances

qui concerne le deuxième volet du test de provocation policière. Bien que, de toute évidence, certaines questions, comme celles concernant la culpabilité ou l'innocence d'un accusé soient parsemées de difficultés en ce qui concerne son état d'esprit et, par conséquent, qu'il soit préférable de les laisser au juge du procès, ce n'est clairement pas le cas ici. Dès lors que notre Cour a rejeté les arguments de l'accusé visant le premier volet de l'enquête relative à la provocation policière, il est évident que les arguments de l'accusé sur la provocation policière sont sans fondement. En fait, le principal, voire le seul, moyen invoqué par l'accusé, selon ce qui ressort du procès, consistait à prétendre que les policiers éprouvaient au hasard la vertu des gens, et non pas que l'accusé avait été incité à commettre un crime.

Tout ce qui précède indique clairement les raisons pour lesquelles la défense a procédé de cette façon. Il ressort du dossier et de la manière dont l'accusé a mené sa défense que, si le pourvoi de l'accusé devait être rejeté, il ne pouvait s'attendre à avoir gain de cause sur aucun autre moyen ou argument relatif à la provocation policière. Dans cette optique, il est tout aussi irréaliste de prétendre que l'accusé a subi un préjudice en raison des déclarations de culpabilité que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans de telles circonstances. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, l'absence de décision de la part du juge du procès sur le deuxième volet du test de provocation policière ne peut ni empêcher l'inscription d'une déclaration de culpabilité ni justifier la tenue d'un nouveau procès sur cette question. Par conséquent, avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur ce deuxième volet du test de provocation policière dans les circonstances de l'espèce.

Mes conclusions à cet égard sont appuyées par l'arrêt unanime *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, où notre Cour a examiné le pouvoir de la Cour d'appel, aux termes du sous-al. 613(4)(b)(ii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le sous-al. 686(4)(b)(ii)), de prononcer une déclaration de culpabilité plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de la Cour, a exposé, dans le contexte de l'argu-

within which a court of appeal can properly exercise such a power, at pp. 354-55:

The Crown replies that the Court of Appeal may allow a Crown appeal against an acquittal entered by a trial judge and substitute a verdict of guilty where the Crown establishes that an error of law was committed at trial, satisfies the Court of Appeal that, had there been a proper application of the law, the verdict would not have been the same, and further demonstrates that the accused should have been found guilty but for the error of law. In this respect, the principle that has been established at common law is that all the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made, either explicitly or implicitly, or not be in issue. [Emphasis in original.]

It is clear that these prerequisites have been satisfied in the instant case. Given that conclusion, the question remains whether this Court, in overturning the judgment of the Court of Appeal on this issue, can direct the entry of convictions, absent an appeal by the Crown from the order of the Court of Appeal.

*Situations Logically Falling Within the Scope of the Kienapple Exception*

As I have stated at the outset, the general rule regarding the jurisdiction of appellate courts is based on compelling rationales, largely, the potential prejudice occasioned an accused, absent an appeal by the Crown. However, as the *Kienapple* exception demonstrates, this general rule does have legitimate exceptions that fall outside of the concerns protected by it. In my view, the present case offers convincing reasons for treating it in the same fashion as one would a situation falling more squarely within this previously articulated exception. While I will attempt to clarify how this is so, I would first like to make it plain that I do not wish to lay waste to the general rule. As I hope to show, situations of a similar nature, illustrated by this case, warrant similar treatment. An examination of the factors in the present case that lead me to this result, however, also make it plain that the result here will not lead to any significant number of inclusions in the "exceptional" category.

mentation présentée par le ministère public, les circonstances dans lesquelles une cour d'appel peut exercer à bon droit un tel pouvoir, aux pp. 354 et 355:

Le ministère public réplique que la Cour d'appel peut accueillir l'appel qu'il a interjeté contre l'acquiescement prononcé par le juge du procès et substituer à celui-ci un verdict de culpabilité, si la poursuite établit qu'une erreur de droit a été commise au procès, si elle convainc la Cour d'appel que, si le droit avait été appliqué correctement, le verdict n'aurait pas été le même, et si elle démontre en outre que l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été de cette erreur de droit. À cet égard, le principe reconnu en *common law* est que toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité doivent avoir été tirées explicitement ou implicitement, ou ne pas être en cause. [Souligné dans l'original.]

Il est clair que ces conditions préalables existent ici. Étant donné cette conclusion, il reste à déterminer si, en écartant l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point, notre Cour peut ordonner l'inscription de déclarations de culpabilité, en l'absence d'un appel du ministère public contre l'ordonnance de la Cour d'appel.

*Situations relevant logiquement de l'exception établie dans l'arrêt Kienapple*

Comme je l'ai dit au début, la règle générale concernant la compétence des juridictions d'appel est fondée sur des motifs impérieux, principalement la possibilité de causer un préjudice à l'accusé si le ministère public n'interjette pas appel. Cependant, comme le démontre l'exception de l'arrêt *Kienapple*, cette règle générale comporte des exceptions légitimes qui ne relèvent pas de ces préoccupations. À mon avis, la présente instance offre des raisons convaincantes de la traiter de la même façon qu'un cas relevant plus directement de cette exception. Je tenterai d'expliquer pourquoi, mais je tiens d'abord à dire clairement qu'il ne s'agit pas de mettre de côté la règle générale. Comme j'espère le démontrer, des situations similaires, comme l'illustre la présente affaire, commandent un traitement similaire. L'examen des facteurs qui m'amènent ici à ce résultat montre aussi, cependant, que cela n'aura pas pour effet de créer un nombre significatif d'inclusions dans cette «exception».

To begin with, the procedure in a *Kienapple* situation is similar in many respects to that in an entrapment situation. In both, a preliminary determination of guilt regarding the charge or charges is made. Subsequent to this determination, the trial judge must consider whether a stay should be entered for reason of entrapment or due to the rule against multiple convictions. If a stay is ordered, the stayed charges are treated as “acquittals” for the purpose of an appeal: see *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. The similarity of the proceedings in a situation of entrapment and the rule against multiple convictions, and the policy considerations behind them are discussed by Wilson J., for the Court, in *Provo*, *supra*, at pp. 17-18:

The accused who would be guilty of an offence except for the application of the rule against multiple convictions is not, in my view, deserving of an acquittal in the true sense that the state had not met its burden of proving the elements of the offence. If, as is the case here, the trial court pursues the preferable and safe course of making findings on all the counts charged, it will be clear that all the elements of the offence have been proved against the accused even if the registering of a conviction is barred for the policy reasons underlying the *Kienapple* principle. The policy considerations here are analogous to those which apply when proceedings against an accused are stayed because of entrapment. They are concerned with the integrity and fairness of the administration of justice rather than with the culpability of the accused . . . . The trial judge should determine whether the accused is entitled to an acquittal before the independent policies of either the rule against entrapment or the rule against multiple convictions is applied. [Emphasis added.]

It can be seen that, like the situation in a *Kienapple* context, the full force of the general rule obliging the Crown to appeal, is avoided in an entrapment situation due, as discussed above, to the nature of the proceedings and the underpinnings of the “acquittal” entered in such situations. Further, the position in which the Crown finds itself, after an appeal by the

D’abord, la procédure dans un cas où s’applique l’arrêt *Kienapple* est semblable sous de nombreux aspects à celle d’une situation de provocation policière. Dans les deux cas, il y a une déclaration préliminaire de culpabilité relativement à l’accusation ou aux accusations. Après cette déclaration de culpabilité, le juge du procès doit se demander s’il y a lieu à suspension des procédures pour cause de provocation policière ou en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Si le sursis est ordonné, les accusations suspendues sont considérées comme des «acquittements» aux fins d’un appel: voir *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. La similitude des procédures dans un cas de provocation policière et de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, ainsi que les considérations de principe qui les justifient sont analysées par le juge Wilson, au nom de la Cour, dans l’arrêt *Provo*, précité, aux pp. 17 et 18:

L’accusé qui, n’eût été de l’application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, serait reconnu coupable d’une infraction, ne mérite pas, à mon avis, un véritable acquittement en ce sens que le ministère public ne se serait acquitté de son obligation de prouver les éléments de l’infraction. Si, comme en l’espèce, le tribunal de première instance décide de rendre une décision à l’égard de tous les chefs d’accusation, ce qui est préférable et prudent, il est clair que tous les éléments de l’infraction auront été établis à l’encontre de l’accusé, même s’il est impossible d’inscrire une déclaration de culpabilité pour les raisons de politique générale qui sous-tendent le principe de l’arrêt *Kienapple*. Les considérations de principe en l’espèce sont analogues à celles qui s’appliquent à la suspension d’instance pour cause de provocation policière. Elles visent l’intégrité et l’équité de l’administration de la justice plutôt que la culpabilité de l’accusé. [. . .] Le juge du procès devrait déterminer si l’accusé a droit à un acquittement avant d’appliquer les principes indépendants soit de la règle interdisant la provocation policière soit de celle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. [Je souligne.]

On peut voir que, comme dans le contexte visé par l’arrêt *Kienapple*, la règle générale qui oblige le ministère public à interjeter appel ne s’applique pas avec autant de force dans un cas de provocation policière en raison de la nature même de la procédure et du fondement de l’«acquittement» inscrit dans ces situations dont il est question plus haut. De plus, la

accused in an entrapment situation, is closely analogous to that in a *Kienapple* context. There is, in most instances, nothing meaningful for the Crown to appeal. If the Crown's appeal is successful and the entrapment arguments of the accused are unsuccessful on appeal, the stay will be "lifted" or set aside and the convictions will stand. As in a *Kienapple* situation, the "acquittal" fails to remain relevant after the entrapment issue is dispensed with and an accused cannot ignore that necessary result. Requiring the Crown to appeal the "acquittal" in order to formalize this necessary consequence is nothing more than a meaningless formality, a formality easily dispensed with in a *Kienapple* situation. The same result, in my view, should also obtain in an entrapment situation, both either/or situations.

### Conclusion

In summary, holding to the general rule in cases of this nature smacks of formulaic justice. The analogy with *Kienapple* situations shows that similar circumstances involving similar rationales justify similar conclusions. In my respectful view, it is not possible in this particular case, to rely on the rationales underlying the general rule to support the conclusion reached by the Chief Justice. With the issue of the applicability of the general rule and prejudice to the accused fairly dispensed with, what is most compelling, in these circumstances, is to apply the logic supporting the exception made in the *Kienapple* context. Since the entrapment issue, in the circumstances of this case, is no longer a live issue, there is no need to order a new trial, given the findings of guilt of the trial judge on all three counts charged. Consequently, the stay entered at trial should be set aside and convictions should be entered, even absent an appeal from the Crown to this Court from the Court of

situation dans laquelle se trouve le ministère public après un appel interjeté par l'accusé dans un cas de provocation policière est très proche de la situation visée par l'arrêt *Kienapple*. Dans la plupart des cas, le ministère public n'a pas de vrais motifs d'interjeter appel. Si l'appel du ministère public réussit et si les arguments de l'accusé fondés sur la provocation policière sont rejetés en appel, le sursis est levé ou écarté et les déclarations de culpabilité sont maintenues. Comme dans une situation visée par l'arrêt *Kienapple*, l'«acquittal» n'a plus de valeur lorsque la question de la provocation policière est écartée et un accusé ne peut pas ignorer ce résultat inévitable. Exiger que le ministère public interjette appel de l'«acquittal» pour donner un caractère formel à cette conséquence inévitable n'est rien de plus qu'une formalité vide de sens, une formalité facilement écartée dans une situation visée par l'arrêt *Kienapple*. Le même résultat devrait s'imposer dans un cas de provocation policière, car il s'agit aussi d'une situation alternative.

### Conclusion

En résumé, le maintien de la règle générale dans des cas de ce genre révèle du pur formalisme. L'analogie avec les cas visés par l'arrêt *Kienapple* montre que des circonstances similaires faisant appel à une philosophie sous-jacente similaire justifient des conclusions similaires. À mon humble avis, il n'est pas possible dans ce cas particulier de se baser sur les raisons de principe qui sous-tendent la règle générale pour appuyer la conclusion à laquelle en est arrivé le Juge en chef. La question de l'applicabilité de la règle générale et du préjudice causé à l'accusé étant légitimement écartée, ce qui emporte l'adhésion dans ces circonstances, est l'application de la logique qui a donné lieu à l'exception établie dans l'arrêt *Kienapple*. Comme, dans les circonstances de l'espèce, la question de la provocation policière n'est plus en litige, il est inutile d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, puisque le juge du procès a conclu à la culpabilité sur les trois chefs d'accusation. Par conséquent, la suspension des procédures ordonnée au procès doit être annulée et des déclarations de culpabilité doivent être inscrites, et ce, même en l'absence d'un pourvoi du ministère public devant notre Cour contre l'ordonnance de nouveau procès prononcée

Appeal's order for a new trial on the second branch of the entrapment "defence".

### Disposition

I would dismiss the appellant's appeal but would quash the order of the Court of Appeal for a new trial and remit the matter back to the trial judge for entry of convictions on the three counts and imposition of sentence.

The following are the reasons delivered by

McLACHLIN J. (dissenting)—This appeal raises the question of when undercover police should be allowed to interfere with members of the public who are not under suspicion. This Court laid out the basic principles governing undercover intrusion into private activity in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903. The present case raises issues as to the ambit of the *Mack* test and its application. With the greatest respect, I cannot agree with the application of the *Mack* test adopted in this case by the Court of Appeal and endorsed by my colleague, Chief Justice Lamer. To accept this application would, in my considered opinion, represent endorsing a measure of state intrusion into the private affairs of citizens greater than any heretofore sanctioned by this Court under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and out of step with the philosophy and principles which guided the decisions of this Court in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; and *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36.

I accept the test for unlawful entrapment provided in *Mack* at p. 964. Entrapment occurs where:

(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;

(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.

par la Cour d'appel sur le deuxième volet de la «défense» de provocation policière.

### Dispositif

Je rejetterais le pourvoi de l'appelant, j'annulerais l'ordonnance de la Cour d'appel visant à la tenue d'un nouveau procès et je renverrais l'affaire au juge du procès pour qu'il inscrive des déclarations de culpabilité relativement aux trois chefs d'accusation et détermine la peine.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE McLACHLIN (dissidente)—Le présent pourvoi soulève la question de savoir quand un agent de police en civil a le droit d'intervenir auprès d'une personne qui n'est soupçonnée d'aucune infraction. Dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, notre Cour a énoncé les principes fondamentaux qui gouvernent l'intrusion d'agents d'infiltration dans la vie privée des gens. Le présent pourvoi soulève des questions concernant la portée du critère de l'arrêt *Mack* et son application. Avec égards, je ne puis accepter l'application du critère de l'arrêt *Mack* qu'a faite la Cour d'appel en l'espèce et qu'appuie mon collègue le juge en chef Lamer. Accepter cette application équivaut, à mon avis, à approuver une intrusion de l'État dans la vie privée des gens qui se situe à un niveau plus élevé que ce qui a été autorisé jusqu'à maintenant par notre Cour en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et incompatible avec la philosophie et les principes qui ont fondé les arrêts de notre Cour *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; et *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36.

J'accepte le critère de la provocation policière illégale énoncé dans l'arrêt *Mack* à la p. 964. 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) quoiqu'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.

In this case we are concerned only with the latter aspect of the first branch of the test. The undercover policewoman who approached the accused had no reasonable suspicion that he was engaged in criminal activity. He was simply a not-too-well dressed young person crossing a street. This leaves only one basis on which the police can justify their activity—that they were engaged in a *bona fide* inquiry.

Lamer C.J. finds that there was a *bona fide* inquiry in this case on the basis of two factors: (1) the officer's conduct was motivated by the genuine purpose of investigating and repressing criminal activity; and (2) the police department directed its investigation at a location where it is reasonably suspected that criminal activity is taking place. He goes on to say that, notwithstanding an apparently contrary statement in *Mack*, the presence of a *bona fide* inquiry eliminates any possibility of there being random virtue-testing. I, on the other hand, take the view that determining whether the police were acting pursuant to a *bona fide* inquiry requires consideration of more than the two factors referred to by Lamer C.J. More particularly, it involves consideration of whether the state's interest in repressing criminal activity in the particular case outweighs the interest which individuals have in being able to go about their daily lives without courting the risk that they will be subjected to the clandestine investigatory techniques of agents of the state. I base this view on the considerations underlying the concept of unlawful entrapment, as well as the language used in *Mack*.

The reasoning in *Mack* recognizes that the law of entrapment is based on a balance between conflicting interests. On the one hand lie the individual's interests—the interest in being left alone, free from state intrusion, and the interest in not being induced by the state to commit an offence (*Mack*, at p. 941). On the other lies the state's competing interest in protecting society from crime. Lamer J. (as he then was) puts it thus in *Mack*, at pp. 941-42:

The competing social interest is in the repression of criminal activity. Further, our dependance [*sic*] on the police to actively protect us from the immense social

En l'espèce, nous n'avons à nous prononcer que sur le dernier aspect du premier volet du critère. La policière en civil qui a accosté l'accusé n'avait pas de motif raisonnable de soupçonner que celui-ci était engagé dans une activité criminelle. Il s'agissait seulement d'un jeune homme pas très bien mis qui traversait une rue. Il ne reste donc qu'un seul motif par lequel les policiers peuvent justifier leur conduite —ils menaient une véritable enquête.

Le juge en chef Lamer conclut qu'il y avait une véritable enquête en cours, en raison de deux facteurs; (1) les actes de la policière avaient comme objet réel d'enquêter sur une activité criminelle pour la réprimer; et (2) le service de police menait son enquête à un endroit où il était raisonnable de soupçonner qu'il se déroulait des activités illégales. Il poursuit en disant que, bien que l'arrêt *Mack* semble affirmer le contraire, l'existence d'une véritable enquête écarte toute possibilité qu'il s'agisse d'éprouver au hasard la vertu des gens. Pour ma part, je suis d'avis que, pour décider si les policiers menaient une véritable enquête, il faut tenir compte d'autre chose que des deux facteurs mentionnés par le juge en chef Lamer. Plus précisément, il faut se demander si l'intérêt de l'État à réprimer l'activité criminelle dans un cas donné l'emporte sur l'intérêt des particuliers à pouvoir mener leur vie quotidienne sans s'exposer au risque d'être soumis à des techniques clandestines d'enquête de la part des agents de l'État. Je fonde mon point de vue sur les considérations qui justifient le concept de provocation policière illégale et sur les termes utilisés dans l'arrêt *Mack*.

Le raisonnement de l'arrêt *Mack* reconnaît que le droit relatif à la provocation policière procède d'un équilibre entre des intérêts opposés. D'une part, il y a l'intérêt du particulier, c'est-à-dire celui de ne pas être importuné par l'intrusion de l'État et celui de ne pas être incité par l'État à commettre une infraction (*Mack*, à la p. 941). D'autre part, il y a l'intérêt opposé de l'État dans la protection de la société contre la criminalité. Le juge Lamer (alors juge puîné) s'exprime ainsi dans l'arrêt *Mack* (aux pp. 941 et 942):

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

and personal cost of crime must be acknowledged. 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. [Emphasis added.]

*Mack* therefore stands for the proposition that determination of entrapment must involve a balancing between the individual interest in being left alone and the state's interest in the repression of crime. Only where considerations such as fairness, justice and the need for protection from crime tip the balance in favour of the state will police conduct which offends the individual interests at stake be acceptable.

The significance of the individual interest at stake here must not be underestimated, nor should the adverse effect that police investigatory techniques can have on this interest be overlooked. This Court has frequently emphasized that limits must be placed on the state's ability to intrude into the daily lives of its citizens. As Justice La Forest stated in *R. v. Dymont*, *supra*, at pp. 427-28, in a passage adopted by Justice Sopinka for the majority in *R. v. Kokesch*, *supra*, "The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state". Furthermore, in *R. v. Wong*, *supra*, at p. 53, La Forest J., for the majority, acknowledged that our society is one which "sets a premium on being left alone".

To paraphrase La Forest J. in *Wong*, *supra*, the notion is that individuals should be free to go about their daily business—to go shopping, to visit the theatre, to travel to and from work, to name but three examples—without courting the risk that they will be subjected to the clandestine investigatory techniques of agents of the state. A further risk inherent in overbroad undercover operations is that of discriminatory police work, where people are interfered with not because of reasonable suspicion but because of

activement de l'immense coût social 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. [Je souligne.]

L'arrêt *Mack* affirme donc que, pour déterminer s'il y a provocation policière, il faut établir un équilibre entre l'intérêt du particulier à être laissé tranquille et l'intérêt de l'État à réprimer la criminalité. Les agissements de la police qui empiètent sur les intérêts des particuliers ne seront tenus pour acceptables que si des considérations d'équité, de justice et de protection contre la criminalité font pencher la balance du côté de l'État.

Il ne faut pas sous-estimer l'importance de l'intérêt individuel en jeu en l'espèce, ni l'effet pernicieux que les techniques d'enquête policières peuvent avoir sur cet intérêt. À plusieurs reprises, notre Cour a affirmé qu'il faut imposer des limites à la capacité de l'État de s'immiscer dans la vie quotidienne des citoyens. Comme le dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dymont*, précité, aux pp. 427 et 428, dans un passage approuvé par le juge Sopinka, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Kokesch*, précité, «L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique». De plus, dans l'arrêt *R. c. Wong*, à la p. 53, le juge La Forest, reconnaît, pour la majorité, que notre société «privilégie le fait d'être laissé tranquille».

Pour reprendre les termes du juge La Forest dans l'arrêt *Wong*, précité, il s'agit pour les particuliers d'être libres de vaquer à leurs affaires—faire des emplettes, aller au cinéma ou se rendre au travail—pour ne citer que trois exemples, sans courir le risque d'être exposés aux techniques clandestines d'enquête des agents de l'État. Un autre risque que comportent des opérations clandestines trop étendues est celui de la discrimination dans le travail de la police, c'est-à-dire que des personnes sont interpel-



the colour of their skin or, as in this case, the quality of their clothing and their age.

It follows, from the fact that the concept of unlawful entrapment represents a balancing of conflicting interests, that the test for entrapment must likewise permit the measuring of relative harms. A test which does not permit weighing of the infringement on individual freedom and privacy in determining whether entrapment has occurred is to that extent deficient. As Lamer J. put it in the passage cited in *Mack*, what must be determined "in any given case" is where the proper balance lies.

While comments of Lamer J. in *Mack* on what constitutes a *bona fide* inquiry leave room for consideration of the individual interest in being left alone and not being induced into crime, the application of *Mack* proposed by him in this case permits little or no recognition of the interest of the individual in being left alone. All that is required is that the police act from a proper motive and that there be a suspicion of criminal activity within a general geographic area targeted by the police. That established, there is no room for consideration of factors vital to the balancing process, for example, the size of the area, the number of innocent people going about legitimate activities who might be interfered with by the operation, and the seriousness of the crime in question.

In advocating a more refined test for *bona fide* inquiry than does Lamer C.J., I am motivated by concern for the implications of the test he proposes. That test would permit the police to extend their Granville Mall operation to all of Vancouver if statistics could be found to suggest that drug offences were occurring throughout Vancouver generally. The example is extreme. Yet it indicates the deficiency I see in the test proposed by Lamer C.J. In my view, a more sensitive test than that proposed by Lamer C.J.—one which permits appreciation of all relevant factors—is required.

lées non pas à cause de soupçons raisonnables, mais à cause de la couleur de leur peau ou, comme en l'es-pèce, à cause de leur tenue vestimentaire et de leur âge.

Parce que la notion de provocation illégale dépend de l'équilibre entre des intérêts opposés, il s'ensuit que le critère de la provocation doit aussi permettre d'apprécier les atteintes relatives à ces intérêts. Un critère qui ne permet pas d'évaluer l'atteinte à la liberté et à la vie privée des personnes pour déterminer s'il y a eu provocation est, dans cette mesure, insuffisant. Comme le dit le juge Lamer dans le passage cité de l'arrêt *Mack*, ce qu'il faut déterminer «dans un cas donné» c'est où se situe l'équilibre.

Quoique les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Mack* sur ce qui constitue une véritable enquête permettent de tenir compte du droit des personnes d'être laissées tranquilles et de ne pas être incitées au crime, l'application de l'arrêt *Mack* qu'il propose en l'es-pèce ne permet pas ou presque pas de tenir compte de l'intérêt de l'individu à être laissé tranquille. Tout ce qui est exigé c'est que les policiers agissent pour un motif approprié et que l'on soupçonne l'existence d'une activité criminelle dans le secteur général visé par la police. Une fois ces conditions réalisées, il n'est pas prévu d'examiner certains facteurs essentiels pour établir l'équilibre, tels, par exemple, l'étendue de la zone visée, le nombre de personnes innocentes vaquant à des activités légitimes qui pourraient être importunées par l'opération et la gravité de l'infraction en cause.

Je propose un critère d'enquête véritable plus élaboré que celui énoncé par le juge en chef Lamer, en raison de l'inquiétude que suscitent chez moi les conséquences du critère qu'il propose. Ce critère permettrait à la police d'étendre l'opération qu'elle a menée dans Granville Mall à toute la ville de Vancouver s'il était possible de trouver des statistiques indiquant qu'il se commet des infractions relatives aux drogues dans tout Vancouver. L'exemple est excessif, mais il révèle la lacune que je vois au critère énoncé par le juge en chef Lamer. À mon avis, il faut un critère plus sensible que celui que propose le juge en chef Lamer, un critère qui permette de tenir compte de tous les facteurs pertinents.

I conclude that determination that the police were operating in the course of a *bona fide* inquiry within the meaning of *Mack* requires the Court to consider not only the motive of the police and whether there is crime in the general area, but also other factors relevant to the balancing process, such as the likelihood of crime at the particular location targeted, the seriousness of the crime in question, the number of legitimate activities and persons who might be affected, and the availability of other less intrusive investigative techniques. In the final analysis, the question is whether the interception at the particular location where it took place was reasonable having regard to the conflicting interests of private citizens in being left alone from state interference and of the state in suppressing crime. If the answer to this question is yes, then the inquiry is *bona fide*.

In proposing a test that involves the balancing of conflicting interests, I am not insensitive to the criticism sometimes made that balancing formulas may lack certainty and predictability and accord too much discretion to reviewing judges. Notwithstanding such criticisms, a balancing approach remains the only rational way to address problems such as that presented in this case. Balancing formulas provide a way of channelling diverse information into an analytic framework, a framework which, while perhaps less than precise, is far superior to voting by "gut reaction". A balancing process, where conflicting interests are articulated and weighed against each other, forces us to face squarely the real policy issues involved in the case, to make explicit what otherwise, rightly or wrongly, may be assumed. Our constitutional law is embedded in the notion of defining and balancing strongly felt interests in society. The rules which elaborate that law must address the same concerns.

In point of fact, the test which I propose offers sufficient guidance to the police, in my view. It may reasonably be predicted, for example, that where there is no evidence of the likelihood of offences being committed at the place where the undercover operative is

Je conclus que, pour décider si les policiers menaient une véritable enquête au sens de l'arrêt *Mack*, la Cour doit tenir compte non seulement du but poursuivi par la police et de ce qu'il y a ou non une activité criminelle dans le secteur, mais aussi d'autres facteurs utiles pour déterminer l'équilibre, comme la probabilité que des infractions soient commises à l'endroit particulier visé, la gravité de l'infraction en cause, le nombre de personnes et d'activités légitimes qui peuvent être touchées et l'existence de techniques d'enquête moins envahissantes. En fin de compte, il s'agit de se demander si l'interception qui s'est produite à l'endroit précis en cause était raisonnable eu égard aux intérêts opposés, celui des particuliers d'être laissés tranquilles, d'une part, et celui de l'État de combattre la criminalité, d'autre part. Si la réponse à cette question est affirmative, il s'agit alors d'une enquête véritable.

En proposant un critère comportant la mise en balance d'intérêts opposés, je ne suis pas insensible aux critiques parfois formulées selon lesquelles les formules d'équilibration peuvent manquer de certitude et de prévisibilité et conférer aux juges un pouvoir discrétionnaire trop grand. Malgré ces critiques, une méthode d'équilibration est la seule manière logique de trouver une solution à des problèmes comme celui soulevé par l'espèce. Les formules d'équilibration permettent de faire intervenir de nombreux renseignements dans l'analyse qui, tout en étant moins que précise, est cependant de beaucoup supérieure à une décision fondée sur l'«intuition». Un processus d'équilibration dans lequel des intérêts opposés sont définis et évalués les uns en regard des autres nous force à envisager carrément les véritables questions de principe mises en cause dans l'affaire, à rendre explicite ce qui autrement pourrait, à tort ou à raison, rester implicite. Notre droit constitutionnel est fondé sur la notion de définition et d'équilibration d'intérêts opposés auxquels la société attache une grande valeur. Les règles qui définissent ce droit doivent répondre aux mêmes soucis.

En réalité, le critère que je propose fournit, selon moi, suffisamment d'indications aux policiers. Il est raisonnablement possible de prédire par exemple que, lorsque rien n'indique une probabilité que des infractions sont commises à l'endroit où l'agent d'infiltra-

stationed, the interception is unlikely to be *bona fide* in the absence of a countervailing state interest of compelling proportions.

Having set out the considerations which should be addressed in determining whether an inquiry is *bona fide*, I turn to the facts of this case. In my view, the factors to which I have referred negate Lamer C.J.'s conclusion that the entire Granville Mall represents a suitable area within the city of Vancouver for the carrying out of a *bona fide* police inquiry. Granville Mall, located in downtown Vancouver, occupies a six-block stretch of Granville Street, a major north-south thoroughfare running through the entire city. The diversity of the Granville Mall area—which features theatres and restaurants, major department stores, large office towers, and within the radius of one block, the Vancouver Art Gallery, convention facilities and the Law Courts—means that on a daily basis literally thousands of individuals will frequent the Mall and thus fall subject to the clandestine investigatory techniques of the police on the policy proposed in this case.

Lamer C.J. bases his conclusion that targeting the entirety of Granville Mall as a site for undercover operations constituted a *bona fide* police inquiry, on the absence of improper motive and the fact that it was reasonably suspected that drug-related crimes were occurring on the mall. He refers to the trial judge's observation that Granville Mall is "known as an area of considerable drug activity". With the greatest respect, I cannot agree with Lamer C.J.'s conclusion at p. 461 that "[i]t would be unrealistic for the police to focus their investigation on one specific part of the Mall". There is no evidence whatsoever that trafficking took place at the location of the undercover interception. Nor is there any evidence that traffickers systematically rotated locations to avoid detection. Indeed, the trial judge, in ordering a stay of proceedings, noted the legitimate character of much of the mall and held that the accused "was not at the immediate centre of drug trafficking". What evidence there is, established that the Granville Mall Skytrain station is known to the police as the "hub" of drug activity on the mall. That information suggests that it would be perfectly realistic for the police to focus

tion est posté, l'interception n'est vraisemblablement pas faite de bonne foi en l'absence d'un intérêt impérieux de l'État qui la justifierait.

Ayant ainsi énoncé les considérations qui doivent servir à déterminer si une enquête est véritable, j'analyse maintenant les faits de l'espèce. À mon avis, les facteurs que j'ai mentionnés contredisent la conclusion du juge en chef Lamer selon lequel tout Granville Mall constitue un secteur approprié, dans la ville de Vancouver, où tenir une véritable enquête de police. Granville Mall, situé au centre-ville de Vancouver, occupe six pâtés de maisons de la rue Granville, une grande artère qui traverse la ville du nord au sud. La diversité des établissements du secteur de Granville Mall—qui comprend des cinémas, des restaurants, des grands magasins, des tours de bureaux et qui se situe à la distance d'un coin de rue du musée d'art de Vancouver, d'un centre de congrès et du palais de justice—fait que quotidiennement des milliers de personnes circulent dans la rue piétonnière et sont donc exposées aux techniques clandestines d'enquête de la police, si l'on applique les règles proposées en l'espèce.

Le juge en chef Lamer conclut que choisir l'ensemble de Granville Mall comme endroit des opérations d'infiltration constituait une véritable enquête de police en se fondant sur l'absence de motif répréhensible et sur le fait qu'on soupçonnait raisonnablement que des infractions liées à la drogue étaient commises dans la rue piétonnière. Il cite l'observation du juge du procès que Granville Mall est [TRADUCTION] «connu comme zone où le trafic de drogues est très actif». Avec égards, je ne peux souscrire à la conclusion du juge en chef Lamer à la p. 461 selon laquelle «[i]l serait irréaliste que les policiers concentrent leur enquête en un seul endroit particulier de la rue piétonnière». Rien ne prouve que l'on faisait du trafic de drogues à l'endroit choisi pour l'intervention de l'agent de police. Rien ne prouve non plus que les trafiquants changeaient systématiquement d'endroit pour éviter d'être découverts. Le juge de première instance, au moment d'ordonner l'arrêt des procédures, a souligné le caractère légitime de la plupart des activités qui se déroulent dans la rue piétonnière et a conclu que l'accusé [TRADUCTION] «ne se trouvait pas au cœur même du trafic de drogues». La

their investigation on one specific part of the mall—namely, the very hub of drug activity, the Skytrain station.

As indicated above, I cannot agree that the fact that crime may be said to occur generally within a given area suffices to establish a *bona fide* inquiry, given proper police motives. Other factors must be considered. The first is the likelihood of crime in the particular area targeted. There was no evidence that trafficking was likely to occur in the intersection where the accused was intercepted—the intersection between a major hotel, an office tower and two department stores. On the contrary, as the finding of the trial judge reflects, drug trafficking was centred elsewhere on the mall. The fact that trafficking occurred at different locations in the six-block area of the mall does not establish that trafficking was likely to occur at the intersection where the accused was intercepted.

What evidence there is of drug activity on Granville Mall came from Staff Sergeant Kenneth Michael Davies, who, significantly, was called as “an expert in the areas of police enforcements [*sic*] practice and techniques regarding drug enforcement in the Granville Mall area and the downtown Vancouver area and, in particular, the operation of undercover operations”. Staff Sergeant Davies noted that the hub of drug activity on Granville Mall had migrated northward from the McDonald’s restaurant to the Skytrain station. He also stated that recently a greater proportion of the drug trafficking has been occurring indoors, in bars and restaurants along the mall. He offered no evidence whatsoever that the particular intersection in question here—Granville and Georgia—had ever been a known site of drug activity. Moreover, in cross-examination, he appeared to

preuve dont on dispose établit que la station du Skytrain est connue par la police comme le «centre» des activités liées à la drogue dans Granville Mall. Les renseignements fournis permettent de penser qu’il serait tout à fait réaliste de la part de la police de centrer leur enquête sur un secteur précis de cette rue—en l’occurrence le centre même de ces activités, la station du Skytrain.

Comme je l’ai mentionné, je ne puis accepter qu’il suffit de pouvoir dire que des infractions sont généralement commises à l’intérieur d’un secteur donné pour prouver l’existence d’une véritable enquête, même si les motifs de la police sont appropriés. Il y a d’autres facteurs à prendre en considération. Le premier est la probabilité que soient commises des infractions dans le secteur visé. Aucune preuve n’indiquait que l’on faisait probablement du trafic de drogues à l’intersection où l’accusé a été interpellé—intersection située entre un grand hôtel, une tour de bureaux et deux grands magasins. Au contraire, selon les constatations du juge du procès, le centre du trafic de drogues se trouvait ailleurs dans la rue piétonnière. Le fait que du trafic de drogues se faisait à différents endroits des six pâtés de maisons qui forment la rue piétonnière ne prouve pas qu’il était vraisemblable qu’il y ait du trafic de drogues à l’intersection où l’accusé a été intercepté.

Les éléments de preuve au sujet du trafic de drogues dans Granville Mall proviennent de la déposition du sergent d’état major Kenneth Michael Davies qui, il faut le souligner, a été cité comme [TRADUCTION] «expert du domaine des pratiques d’application des lois par la police et des techniques de répression du trafic de drogues dans le secteur de Granville Mall et dans le centre-ville de Vancouver et, en particulier, de l’exécution d’opérations d’infiltration». Le sergent d’état-major Davies a souligné que le centre d’activités du trafic de drogues dans Granville Mall s’était déplacé au nord, du restaurant McDonald vers la station du Skytrain. Il a aussi mentionné que, ces derniers temps, une partie plus importante du trafic de drogues se faisait à l’intérieur, dans les bars et les restaurants de la rue piétonnière. Il n’a soumis aucun élément de preuve au sujet de l’intersection précisément en cause ici, à l’angle des rues Granville et Georgia, comme lieu connu de trafic de

disapprove expressly of the conduct engaged in by the undercover policewoman:

Q [The suspects] are noticed walking across the street in a crosswalk; that's it. They're not standing—not seen standing where a bunch of people were standing. They haven't come from a place where there is any suspicion of drug trafficking. They're just walking across the street?

A If that's all there was, I personally wouldn't direct my operator to approach these people, given the very limited information you're giving me.

The statistics produced by Staff Sergeant Davies all relate to the entirety of the mall, with no attempt to discriminate between different locations where or times when the offences in question were committed. To rely on these numbers in support of the view that the police were justified in extending their operation to the entire six-block area of the mall is fraught with peril. Statistics are only as good as the questions upon which they are based. We have absolutely no idea what questions were asked in order to produce the numbers relied on by the Crown. It is entirely possible that the vast majority of the drug offences which occurred on Granville Mall took place close to the Skytrain station on Granville Street, the acknowledged hub of drug activity on Granville Mall. It is equally possible that none of the offences occurred at the intersection where the accused was intercepted. Again, it is possible that the vast majority of the drug offences which occurred on Granville Mall occurred on certain days or at specific times of day—weekends or late evenings, for example—and not at 6:00 p.m. on a weekday, which is when the transaction in question here occurred. I conclude that the statistics relied on in this case fall far short of justifying granting to the police unfettered licence to carry out their operation anywhere within a six-block stretch of downtown Vancouver without restriction as to the area and the times of day to be covered. In short, it is not established that the police could reasonably have suspected trafficking at the place and time where the accused was intercepted.

drogues. De plus, en contre-interrogatoire, il semble avoir désapprouvé expressément la conduite de la policière en civil;

[TRADUCTION]

Q. [Les suspects] ont été vus traversant la rue à l'intersection, n'est-ce pas?, ils ne s'étaient pas arrêtés—ils ne se tenaient pas avec un groupe de gens qui étaient arrêtés? Ils ne venaient pas d'un endroit qu'on soupçonne être un lieu de trafic de drogues. Ils traversaient simplement la rue?

R. S'il n'y avait rien d'autre, personnellement je n'aurais pas demandé à mon agent d'infiltration d'accoster ces gens, vu le peu de renseignements que vous me fournissez.

Les statistiques fournies par le sergent d'état-major Davies ont toutes trait à l'ensemble de la rue piétonnière sans tentative de distinction des temps ou des lieux où les infractions ont été commises. Il est dangereux de se fier à ces chiffres pour étayer l'affirmation que les policiers étaient justifiés d'étendre leurs opérations à l'ensemble des six pâtés de maisons de la rue piétonnière. Les statistiques ne valent que ce que valent les questions qui ont servi à les obtenir. Nous n'avons absolument aucune idée des questions posées pour obtenir les chiffres que le ministère public invoque. Il est tout à fait possible que la très grande majorité des infractions relatives aux drogues qui se sont produites dans Granville Mall aient eu lieu près de la station du Skytrain, le centre d'activité reconnu du trafic de drogues dans Granville Mall. Il est tout aussi possible qu'aucune des infractions n'ait été commise à l'intersection où les accusés ont été accostés. De même, il est possible que la grande majorité des infractions relatives aux drogues qui se produisent dans Granville Mall aient lieu certains jours, à certaines heures—durant les week-ends et tard la nuit, par exemple, et non à 18 h un jour de semaine, comme l'opération en cause en l'espèce. Je conclus que les statistiques invoquées en l'espèce sont bien loin de suffire pour justifier l'octroi à la police d'une liberté totale de mener son opération n'importe où dans un secteur de six pâtés de maisons, au centre-ville de Vancouver, sans restriction quant aux lieux et aux heures visés. En bref, il n'est pas prouvé que la police pouvait raisonnablement soupçonner qu'il se faisait du trafic de drogues à l'endroit et au moment où l'accusé a été accosté.

A second factor relevant to determining the appropriateness of the investigation is the impact that the investigation may have on law-abiding citizens pursuing legitimate activities. Here the possibility of this undercover operation's interfering with legitimate activities was high. As already noted, the intersection in question is bounded by department stores, an office tower and a major hotel. Theatres, the Art Gallery and the Law Courts are nearby. This factor, while not in itself conclusive, weighs against the right of undercover police to intercede at will.

On the other side of the balance must be weighed the seriousness of the criminal activity which the police have targeted. It is apparent that the state interest in repressing crime may receive greater weight when the police target serious criminal offences. The offence here in question, while not to be condoned, cannot be considered as serious. In *Kokesch, supra*, Sopinka J. for the majority took judicial notice of the fact that narcotics offences involving marijuana are generally regarded as less serious than those involving "hard" drugs such as cocaine and heroin. The same might be said of offences involving hashish, the substance involved in this case. The amount, moreover, was small. In short, this was not the sort of serious drug offence which would more readily tip the balance in favour of the state.

I turn finally to the availability of alternative investigatory techniques for detecting the sort of criminal activity at issue. There were alternative ways of apprehending drug pedlars such as the appellant. Simple observation by undercover operatives (as opposed to interception) is one. I am left with some doubt as to whether the apprehension of drug pedlars on Granville Mall requires giving the police *carte blanche* to intercept large numbers of law-abiding citizens as these citizens visit the theatre or leave major office towers or department stores.

I arrive then at the conclusion that in the case at bar the individual interest in being left alone and free to pursue one's daily business without being confronted by undercover police operatives vastly out-

Un deuxième facteur pertinent pour décider de l'opportunité d'une enquête est celui des conséquences de cette enquête sur les citoyens respectueux des lois qui poursuivent des activités légitimes. En l'espèce, la possibilité que cette opération d'infiltration gêne des activités légitimes était grande. J'ai déjà fait remarquer que l'intersection en cause est située entre des grands magasins, une tour de bureaux et un grand hôtel. Des cinémas, le musée d'art et le palais de justice sont situés à proximité. Même s'il n'est pas déterminant, ce facteur milite contre le droit des agents d'infiltration d'agir à leur guise.

Dans l'autre plateau de la balance, il faut mettre la gravité de l'activité criminelle que la police vise à réprimer. Il est clair que l'intérêt de l'État à la répression de la criminalité compte davantage quand l'intervention des policiers vise des infractions criminelles graves. Même s'il n'est pas question de l'approuver, l'infraction en cause ici ne peut être tenue pour grave. Dans l'arrêt *Kokesch*, précité, le juge Sopinka, pour la majorité, a pris connaissance d'office du fait que les infractions relatives aux stupéfiants comme la marijuana sont en général considérées moins graves que celles qui visent des drogues dures comme la cocaïne et l'héroïne. On pourrait dire la même chose des infractions relatives au haschisch, la substance en cause en l'espèce. De plus, la quantité en cause était petite. En bref, il ne s'agit pas du genre d'infraction grave en matière de drogues qui serait de nature à faire pencher la balance en faveur de l'État.

Je mentionnerai enfin l'existence d'autres techniques d'enquête pour déceler le genre d'activité criminelle en cause. Il y avait d'autres façons d'appréhender des vendeurs de drogues comme l'appellant. La simple surveillance par un agent d'infiltration (par opposition à l'interception) en est une. Je ne suis pas du tout certaine que l'arrestation des trafiquants de drogues dans Granville Mall exige que l'on donne à la police toute latitude pour intercepter un grand nombre de citoyens respectueux des lois lorsque ces citoyens vont au cinéma, ou sortent des tours de bureaux ou des grands magasins.

Je conclus donc qu'en l'espèce l'intérêt des particuliers à être laissés tranquilles et à vaquer à leurs occupations quotidiennes sans être importunés par des agents d'infiltration l'emporte largement sur l'in-

weighs the state interest in the repression of crime. It follows that the police officer in this case cannot be said to have been acting pursuant to a *bona fide* inquiry. Any other conclusion would be, in my respectful opinion, unfitting in a society which heralds the constitutional protection of individual liberties and places a premium on "being left alone".

I would allow the appeal and restore the stay of proceedings.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in part, McLACHLIN J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Peter M. Kendall, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Vancouver.*

térêt de l'État à réprimer la criminalité. Il s'ensuit qu'on ne peut dire que la policière a agi dans le cadre d'une véritable enquête. Toute autre conclusion ne conviendrait pas, à mon avis, dans une société qui proclame la protection constitutionnelle des libertés individuelles et privilégie le droit d'être «laissé tranquille».

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures.

*Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ dissidente en partie, le juge McLACHLIN dissidente.*

*Procureur de l'appellant: Peter M. Kendall, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Vancouver.*

**Mary C. Sullivan and Gloria  
J. Lemay** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Women's Legal Education and Action Fund  
and R.E.A.L. Women of Canada** *Interveners*

and between

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Mary C. Sullivan and Gloria  
J. Lemay** *Respondents*

and

**Women's Legal Education and Action Fund  
and R.E.A.L. Women of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SULLIVAN

File Nos.: 21080, 21494.

1990: October 30; 1991: March 21.

Present: Lamer C.J. and Wilson, La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,  
and Stevenson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Criminal negligence causing death  
and criminal negligence causing bodily harm — Child  
dying in birth canal during delivery by midwives —  
Conviction on charge of criminal negligence causing  
death but acquittal on charge of criminal negligence  
causing bodily harm — Acquittal not appealed by  
Crown — Conviction on charge of criminal negligence  
causing death appealed — Court of Appeal substituting  
conviction on charge of criminal negligence causing*

**Mary C. Sullivan et Gloria  
J. Lemay** *Appelantes*

a c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Fonds d'action et d'éducation juridiques  
pour les femmes et REAL Women of  
Canada** *Intervenants*

c et entre

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

d c.

**Mary C. Sullivan et Gloria  
J. Lemay** *Intimées*

e et

**Fonds d'action et d'éducation juridiques  
pour les femmes et REAL Women of  
Canada** *Intervenants*

f

RÉPERTORIÉ: R. c. SULLIVAN

Nos du greffe: 21080, 21494.

g

1990: 30 octobre; 1991: 21 mars.

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

h

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

*Droit criminel — Négligence criminelle causant la  
mort et négligence criminelle causant des lésions corpo-  
relles — Un enfant meurt dans la filière génitale pen-  
dant un accouchement fait par des sages-femmes —  
Déclaration de culpabilité sur l'accusation de négli-  
gence criminelle causant la mort mais acquittement sur  
l'accusation de négligence criminelle causant des  
lésions corporelles — Aucun appel du ministère public  
contre l'acquittement — Appel de la déclaration de cul-*



*bodily harm — Whether Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 198, 202, 203, 204, 206, 613.*

*Courts — Appeal — Jurisdiction — Child dying in birth canal during delivery by midwives — Conviction on charge of criminal negligence causing death but acquittal on charge of criminal negligence causing bodily harm — Acquittal not appealed by Crown — Conviction on charge of criminal negligence causing death appealed — Court of Appeal substituting conviction on charge of criminal negligence causing bodily harm — Whether Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction.*

Sullivan and Lemay, midwives with some experience in home births but with no formal medical training, were charged under ss. 203 and 204 (now ss. 220 and 221) of the *Criminal Code*, after a child they were attempting to deliver died while still in the birth canal. At trial, they were convicted of criminal negligence causing death of the child (s. 203) (count 1) but were acquitted of criminal negligence causing bodily harm to the mother (s. 204) (count 2). Sullivan and Lemay appealed their conviction on count 1; the Crown did not appeal their acquittal on count 2. The Court of Appeal allowed the appeal from the conviction but substituted a conviction on the count of criminal negligence causing bodily harm, notwithstanding the absence of a crown appeal. Sullivan and Lemay appealed the substituted conviction to this Court, and the Crown appealed the decision of the Court of Appeal to overturn the initial conviction on count 1.

At issue, in *R. v. Sullivan and Lemay*, was whether a living child partially born is a person within the meaning of s. 203 of the *Criminal Code*, and if so, whether an appropriate standard for determining liability is an

*pabilité de négligence criminelle causant la mort — La Cour d'appel substituée à ce verdict une déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant des lésions corporelles — La Cour d'appel avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2, 198, 202, 203, 204, 206, 613.*

*Tribunaux — Appel — Compétence — Un enfant meurt dans la filière génitale pendant un accouchement fait par des sages-femmes — Déclaration de culpabilité sur l'accusation de négligence criminelle causant la mort mais acquittement sur l'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles — Aucun appel du ministère public contre l'acquittement — Appel de la déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant la mort — La Cour d'appel substituée à ce verdict une déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant des lésions corporelles — La Cour d'appel avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité?*

Sullivan et Lemay, des sages-femmes possédant une certaine expérience des accouchements à domicile mais n'ayant en matière médicale aucune compétence officiellement reconnue, ont été accusées d'infractions aux art. 203 et 204 (maintenant les art. 220 et 221) du *Code criminel* à la suite de la mort de l'enfant d'une femme qu'elles tentaient d'accoucher alors qu'il se trouvait encore dans la filière génitale. Au procès, elles ont été reconnues coupables de négligence criminelle ayant causé la mort de l'enfant (art. 203) (premier chef d'accusation), mais ont été acquittées de l'inculpation de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles à la mère (art. 204) (second chef d'accusation). Sullivan et Lemay ont fait appel du verdict de culpabilité relativement au premier chef d'accusation. Le ministère public n'a pas interjeté appel de leur acquittement relativement au second chef. La Cour d'appel a accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité relativement au premier chef, mais y a substitué une déclaration de culpabilité sur le chef de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles, et ce, en dépit du fait que le ministère public n'avait pas formé d'appel. Sullivan et Lemay se pourvoient devant notre Cour contre ce verdict de culpabilité substitué et le ministère public se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel d'annuler la déclaration de culpabilité initiale sur le premier chef d'accusation.

La question dans le pourvoi *R. c. Sullivan et Lemay* est de savoir si un enfant vivant, partiellement né, est une personne au sens de l'art. 203 du *Code criminel* et, dans l'affirmative, s'il convient d'appliquer une norme

objective standard. At issue in *Sullivan and Lemay v. The Queen* was whether s. 613(2) and (8) gave the Court of Appeal jurisdiction to substitute a conviction of criminal negligence causing bodily harm in the absence of a Crown appeal on that count and whether the Court of Appeal erred in holding the foetus to be a part of the mother, such that a conviction for criminal negligence causing bodily harm could obtain on the death of the foetus.

*Held* in *Sullivan and Lemay v. The Queen* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal from the Court of Appeal's judgment substituting a conviction of criminal negligence causing bodily harm should be allowed.

*Held* in *R. v. Sullivan and Lemay*: The appeal from the Court of Appeal's judgment acquitting Sullivan and Lemay of criminal negligence causing death should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.: From the wording of s. 206, a foetus is not a "human being" for the purposes of the *Code*. The introduction of the criminal negligence provisions in 1954 was not intended to change the meaning of "person" and that term, as used in s. 203 of the *Code*, is synonymous with the term "human being".

A court of appeal has no jurisdiction to disturb a verdict of acquittal unless there has been an appeal by the Crown from that acquittal. An exception occurs, however, where the *Kienapple* rule is applicable. The *Kienapple* rule has no application here. First, there is an insufficient legal nexus between the two offences; count 1 requires proof of the death of the foetus while count 2 requires proof of bodily harm to the mother. The two charges, while they may involve the same general conduct, involve two separate consequences. Second, the acquittal entered by the trial judge on the charge of criminal negligence causing bodily harm was an acquittal on the merits and was not entered pursuant to a finding of guilt on the first count. Sullivan and Lemay could have been convicted on both counts. Even if no independent bodily harm was found to have occurred, it would still not be impossible for Sullivan and Lemay to have been convicted on both counts. The Court of Appeal had

objective pour déterminer la culpabilité. Dans le pourvoi *Sullivan et Lemay c. La Reine*, il s'agit de décider si les par. 613(2) et (8) autorisaient la Cour d'appel à substituer une déclaration de culpabilité de négligence ayant causé des lésions corporelles en l'absence d'appel du ministère public quant à ce chef d'accusation et si c'est à tort que la Cour d'appel a conclu que le fœtus fait partie de sa mère, de sorte que la mort du fœtus peut entraîner une déclaration de culpabilité de négligence ayant causé des lésions corporelles.

*Arrêt* dans *Sullivan et Lemay c. La Reine* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel portant substitution d'un verdict de culpabilité de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles, est accueilli.

*Arrêt* dans *R. c. Sullivan et Lemay*: Le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel acquittant Sullivan et Lemay de l'accusation de négligence criminelle ayant causé la mort est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson: D'après le texte de l'art. 206, un fœtus n'est pas un «être humain» aux fins du *Code*. Ce n'était pas avec l'intention de modifier le sens du mot «personne» que les dispositions portant sur la négligence criminelle ont été introduites en 1954 et ce terme, tel qu'il est employé à l'art. 203 du *Code*, est synonyme de l'expression «être humain».

Une cour d'appel n'a pas compétence pour modifier un verdict d'acquiescement, à moins que le ministère public n'ait interjeté appel de cet acquiescement. Il y a cependant une exception pour les cas où s'applique la règle énoncée dans l'arrêt *Kienapple*. La règle établie dans l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas en l'espèce. En premier lieu, il n'existe pas de lien juridique suffisant entre les deux infractions; le premier chef d'accusation exige qu'on prouve la mort du fœtus et le second qu'on prouve que la mère a subi des lésions corporelles. Bien qu'elles puissent viser d'une manière générale le même genre de conduite, les deux accusations entraînent des conséquences distinctes. En deuxième lieu, l'acquiescement inscrit par le juge du procès relativement à l'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles était un acquiescement sur le fond et n'est pas intervenu par suite d'un verdict de culpabilité relativement au premier chef d'accusation. Sullivan et Lemay auraient pu être reconnues coupables des deux infractions. Même dans l'hypothèse d'une conclusion à l'absence de lésions corporelles indépendantes, il aurait encore été possible de déclarer Sullivan et Lemay cou-

no jurisdiction under s. 613 to substitute a conviction of criminal negligence causing bodily harm.

No compelling policy reasons were put forward for granting a further exception which would extend the Court of Appeal's jurisdiction to substitute a conviction for an acquittal in the absence of a Crown appeal.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting in Sullivan and Lemay v. The Queen):* The Crown's appeal from the acquittal entered by the Court of Appeal should be dismissed as proposed by Lamer C.J. The appeal by Sullivan and Lemay should also be dismissed since the Court of Appeal had jurisdiction to enter a conviction pursuant to s. 613(8) of the *Criminal Code*. The trial judge specifically considered the question of guilt on the second count of causing bodily harm by criminal negligence. She would have convicted if she had not concluded that the child was not part of the mother.

#### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Referred to:** *R. v. Marsh* (1979), 31 C.R. (3d) 363; *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Rickard v. The Queen*, [1970] S.C.R. 1022; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in *Sullivan and Lemay v. The Queen*)

**Referred to:** *R. v. Terlecki* (1983), 42 A.R. 87 (C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 483.

#### Statutes and Regulations Cited

*An Act Respecting the Criminal Law*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 192.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 198, 202, 203, 204, 206, 613 [am. S.C. 1985, c.19, s. 143].

pables des deux chefs d'accusation. La Cour d'appel n'avait pas compétence en vertu de l'art. 613 pour substituer une déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant des lésions corporelles.

<sup>a</sup> On n'a présenté aucune raison impérieuse de principe militant en faveur de la création d'une nouvelle exception qui élargirait la compétence d'une cour d'appel pour substituer une déclaration de culpabilité à un acquittement dans un cas où le ministère public n'a pas interjeté appel.

<sup>c</sup> *Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente dans Sullivan et Lemay c. La Reine):* Le pourvoi du ministère public contre le verdict d'acquittement inscrit par la Cour d'appel doit être rejeté comme le propose le juge en chef Lamer. Il y a lieu de rejeter également le pourvoi de Sullivan et Lemay car la Cour d'appel avait compétence pour inscrire une déclaration de culpabilité en vertu du par. 613(8) du *Code criminel*. Le juge du procès a spécifiquement examiné la question de la culpabilité sous le deuxième chef d'accusation, la négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles. Elle aurait rendu un verdict de culpabilité si elle n'avait pas conclu que l'enfant ne faisait pas partie de la mère.

#### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

<sup>f</sup> **Arrêts mentionnés:** *R. v. Marsh* (1979), 31 C.R. (3d) 363; *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Rickard c. La Reine*, [1970] R.C.S. 1022; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3.

<sup>g</sup> Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente dans *Sullivan et Lemay c. La Reine*)

**Arrêt mentionné:** *R. v. Terlecki* (1983), 42 A.R. 87 (C.A.), conf. par [1985] 2 R.C.S. 483.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2, 198, 202, 203, 204, 206, 613 [mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 143].  
*Loi concernant le droit criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 192.

**Authors Cited**

*Canada. House of Commons. House of Commons Debates*, 1st Sess., 22nd Parl., 1953-54, vol. III.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 145, 43 C.C.C. (3d) 65, 65 C.R. (3d) 256, substituting a conviction for an acquittal by Godfrey L.J.S.C. (1986), 31 C.C.C. (3d) 62, 55 C.R. (3d) 48, on a count of criminal negligence causing bodily harm. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 145, 43 C.C.C. (3d) 65, 65 C.R. (3d) 256, allowing an appeal from a conviction by Godfrey L.J.S.C. (1986), 31 C.C.C. (3d) 62, 55 C.R. (3d) 48, on a count of criminal negligence causing death. Appeal dismissed.

*Thomas R. Berger and Peter Leask, Q.C.*, for Mary C. Sullivan and Gloria J. Lemay.

*E. R. A. Edwards, Q.C.*, and *Deborah K. Lovett*, for Her Majesty The Queen.

*Lynn Smith, Mary Eberts and Helena Orton*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund.

*Angela M. Costigan*, for the intervener R.E.A.L. Women of Canada.

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

LAMER C.J.—This case involves two midwives who were charged under ss. 203 and 204 (now ss. 220 and 221) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, after a baby they were attempting to deliver died while still in the birth canal. At trial, they were convicted of criminal negligence causing death to the baby (s. 203) but were acquitted of criminal negligence causing bodily harm to the mother (s. 204).

**Doctrine citée**

*Canada. Chambre des communes. Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> Sess., 22<sup>e</sup> Parl., 1953-54, vol. III.

a  
b  
c  
POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 145, 43 C.C.C. (3d) 65, 65 C.R. (3d) 256, qui a substitué une déclaration de culpabilité à l'acquiescement prononcé par le juge Godfrey (juge local de la Cour suprême) (1986), 31 C.C.C. (3d) 62, 55 C.R. (3d) 48, relativement à un chef d'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

d  
e  
POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 145, 43 C.C.C. (3d) 65, 65 C.R. (3d) 256, qui a accueilli un appel contre un verdict de culpabilité rendu par le juge Godfrey (juge local de la Cour suprême) (1986), 31 C.C.C. (3d) 62, 55 C.R. (3d) 48, relativement à un chef d'accusation de négligence criminelle causant la mort. Pourvoi rejeté.

*Thomas R. Berger et Peter Leask, c.r.*, pour Mary C. Sullivan et Gloria J. Lemay.

*E. R. A. Edwards, c.r.*, et *Deborah K. Lovett*, pour Sa Majesté la Reine.

*Lynn Smith, Mary Eberts et Helena Orton*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Angela M. Costigan*, pour l'intervenant REAL Women of Canada.

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

i  
j  
LE JUGE EN CHEF LAMER—Il s'agit en l'espèce de deux sages-femmes qui ont été accusées d'infractions aux art. 203 et 204 (maintenant les art. 220 et 221) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, à la suite de la mort de l'enfant d'une femme qu'elles tentaient d'accoucher alors qu'il se trouvait encore dans la filière génitale. Au procès, elles ont été reconnues coupables de négligence criminelle ayant causé la mort de l'en-

The Court of Appeal overturned the conviction under s. 203 and substituted a conviction under s. 204 (criminal negligence causing bodily harm).

This case raises the issue of whether a foetus in the birth canal is a "person" for the purposes of s. 203. It also raises a procedural question regarding the jurisdiction of a court of appeal under s. 613 (now s. 686) of the *Code*. The case initially raised other important issues regarding the legal status of a foetus and the *mens rea* required for criminal negligence but, due to the lack of appeal by the Crown, these issues need not all be addressed because of the procedural determination.

#### The Facts

Sullivan and Lemay were hired by Jewel Voth to provide private pre-natal classes and to act as midwives during a home birth. Although Sullivan and Lemay had some experience with home births and had done background reading, they had no formal medical qualifications.

After five hours of second stage labour, the child's head emerged and no further contractions occurred. Sullivan and Lemay attempted to stimulate further contractions but were unsuccessful. Direct pressure was applied to the uterus, causing soreness to the mother's stomach and back and some bruising. Approximately twenty minutes later, Emergency Services were called and the mother was transported to the hospital. Within two minutes of arrival, an intern delivered the baby using what the trial judge characterized as "a basic delivery technique". The child showed no signs of life and resuscitation attempts were unsuccessful.

Sullivan and Lemay were jointly charged with one count of criminal negligence causing death to the

fant (art. 203), mais ont été acquittées de l'accusation de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles à la mère (art. 204). La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de l'infraction à l'art. 203, y substituant un verdict de culpabilité d'une infraction à l'art. 204 (négligence criminelle causant des lésions corporelles).

La présente affaire soulève la question de savoir si un fœtus dans la filière génitale est une «personne» aux fins de l'art. 203. Elle soulève en outre une question de procédure concernant la compétence d'une cour d'appel en vertu de l'art. 613 (maintenant l'art. 686) du *Code*. D'autres questions importantes touchant le statut juridique du fœtus et la *mens rea* requise pour qu'il y ait négligence criminelle ont été posées au départ mais, comme le ministère public n'a pas formé d'appel à leur sujet, il n'est pas nécessaire de traiter de toutes ces questions en raison de notre décision sur la question de procédure.

#### Les faits

Sullivan et Lemay ont été engagées par Jewel Voth pour lui donner des cours prénatals privés et pour agir à titre de sages-femmes à son accouchement à domicile. Sullivan et Lemay avaient une certaine expérience des accouchements à domicile et avaient fait des lectures dans ce domaine, mais elles n'avaient en matière médicale aucune compétence officiellement reconnue.

Au bout de la cinquième heure du second stade du travail, la tête de l'enfant a émergé et les contractions ont cessé. Sullivan et Lemay ont tenté vainement de provoquer de nouvelles contractions. Une pression directe a été exercée sur l'utérus, causant l'endolorissement du ventre et du dos de la mère et lui occasionnant des meurtrissures. Quelque vingt minutes plus tard, elles ont fait appel aux services d'urgence et la mère a été transportée à l'hôpital. Dans les deux minutes qui ont suivi son arrivée, un interne a réussi à l'accoucher en se servant de ce que le juge du procès a appelé [TRADUCTION] «une technique ordinaire d'accouchement». L'enfant ne donnait aucun signe de vie et n'a pu être ranimé.

Sullivan et Lemay ont été conjointement inculpées, en vertu de l'art. 203 du *Code criminel*, sous un chef

child of Jewel Voth contrary to s. 203 of the *Criminal Code*, and a second count of criminal negligence causing bodily harm to Jewel Voth contrary to s. 204. They were tried in the County Court of Vancouver and were found guilty on the first charge and were acquitted on the second charge.

Sullivan and Lemay appealed the criminal negligence causing death conviction on count 1 to the British Columbia Court of Appeal. The Crown did not appeal the acquittal of Sullivan and Lemay on count 2. The Court of Appeal allowed the appeal from the conviction on the first count, but substituted a conviction on the count of criminal negligence causing bodily harm (notwithstanding the absence of a crown appeal). Sullivan and Lemay have appealed the substituted conviction on the second count to this Court, and the Crown has appealed the decision of the Court of Appeal to overturn the initial conviction on the first count.

Both the Women's Legal Education and Action Fund (L.E.A.F.) and R.E.A.L. Women of Canada have intervened in this case.

#### Relevant Statutory Provisions

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended

#### 2. In this Act

“every one”, “person”, “owner”, and similar expressions include Her Majesty and public bodies, bodies corporate, societies, companies and inhabitants of counties, parishes, municipalities or other districts in relation to the acts and things that they are capable of doing and owning respectively;

198. Every one who undertakes to administer surgical or medical treatment to another person or to do any other lawful act that may endanger the life of another person is, except in cases of necessity, under a legal duty to have and to use reasonable knowledge, skill and care in so doing.

de négligence criminelle ayant causé la mort de l'enfant de Jewel Voth et, en vertu de l'art. 204, sous un second chef de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles à Jewel Voth. Jugées en Cour de comté de Vancouver, elles ont été déclarées coupables de la première infraction et acquittées relativement à la seconde.

Sullivan et Lemay ont interjeté appel en Cour d'appel de la Colombie-Britannique du verdict de culpabilité de négligence criminelle ayant causé la mort. Le ministère public pour sa part n'a pas interjeté appel de l'acquiescement de Sullivan et Lemay relativement au second chef. La Cour d'appel a accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité relativement au premier chef d'accusation, mais y a substitué une déclaration de culpabilité relativement au chef de négligence criminelle causant des lésions corporelles (malgré l'absence d'appel du ministère public). Sullivan et Lemay se pourvoient devant notre Cour contre ce verdict de culpabilité substitué tandis que le ministère public se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel d'annuler la déclaration de culpabilité initiale sur le premier chef d'accusation.

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et REAL Women of Canada ont qualité d'intervenants en l'espèce.

#### Les dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et modifications

#### 2. Dans la présente loi

«quiconque», «individu», «personne», «propriétaire» et les expressions similaires comprennent Sa Majesté et les corps publics, les corporations constituées, sociétés, compagnies, ainsi que les habitants de comtés, paroisses, municipalités ou autres districts à l'égard des actes et choses qu'ils sont capables d'accomplir et de posséder respectivement;

198. Quiconque entreprend d'administrer un traitement chirurgical ou médical à une autre personne ou d'accomplir un autre acte légitime qui peut mettre en danger la vie d'une autre personne est, sauf dans les cas de nécessité, légalement tenu d'apporter, en ce faisant, une connaissance, une habileté et des soins raisonnables.

- 202.** (1) Every one is criminally negligent who
- (a) in doing anything, or
- (b) in omitting to do anything that it is his duty to do,
- shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.
- 203.** Every one who by criminal negligence causes death to another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.
- 204.** Every one who by criminal negligence causes bodily harm to another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.
- 206.** (1) A child becomes a human being within the meaning of this Act when it has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother whether or not
- (a) it has breathed,
- (b) it has an independent circulation, or
- (c) the navel string is severed.
- (2) A person commits homicide when he causes injury to a child before or during its birth as a result of which the child dies after becoming a human being.
- 613.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal
- (a) may allow the appeal where it is of the opinion that
- (i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,
- (ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or
- (iii) on any ground there was a miscarriage of justice;
- (b) may dismiss the appeal where
- (i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,
- 202.** (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,
- a) en faisant quelque chose, ou
- b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,
- montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.
- 203.** Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne.
- 204.** Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, par négligence criminelle, cause des lésions corporelles à autrui.
- 206.** (1) Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère,
- a) qu'il ait respiré ou non;
- b) qu'il ait ou non une circulation indépendante; ou
- c) que le cordon ombilical soit coupé ou non.
- (2) Commet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort après qu'il est devenu un être humain.
- 613.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel
- a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis
- (i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,
- (ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou
- (iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;
- b) peut rejeter l'appel, si
- (i) la cour est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a), or

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un quelconque des motifs mentionnés à l'alinéa a), ou

(iii) bien que la cour estime que, pour tout motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, la cour de première instance était compétente à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et la cour d'appel est d'avis qu'aucun préjudice ne lui a été causé par cette irrégularité;

. . .

. . .

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered, or

(b) order a new trial.

(3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (1)(b)(i), it may substitute the verdict that in its opinion should have been found and

(a) affirm the sentence passed by the trial court; or

(b) impose a sentence that is warranted in law or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

(4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle doit annuler la condamnation et

a) ordonner l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement, ou

b) ordonner un nouveau procès.

(3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (1)b)(i), elle peut substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu et

a) confirmer la peine prononcée par la cour de première instance; ou

b) imposer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire à la cour de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

(4) Quand un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) admettre l'appel, écarter le verdict et

(i) ordonner un nouveau procès, ou

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par une cour composée d'un juge et d'un jury, rendre un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire à la cour de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

. . .

. . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.



Judgments Below

*County Court of Vancouver (Godfrey L.J.S.C.)* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62

The trial judge first dealt with s. 198 of the *Code* (now s. 216) and held that the acts of a childbirth attendant are included in the phrase “any other lawful act that may endanger the life of another person” and that the accused were therefore under “a legal duty to have and to use reasonable knowledge, skill and care in so doing”. The judge held that the applicable standard was that of a “competent childbirth attendant”. In assessing whether Sullivan and Lemay failed to have and to use such reasonable skill and knowledge, Godfrey L.J.S.C. noted, at p. 68, that she was satisfied beyond a reasonable doubt that:

First, had this child and mother been transported to hospital even as late as one o'clock, the child would have lived; secondly, had the accused possessed the skills of the intern at St. Paul's Hospital, the child would have lived.

Godfrey L.J.S.C. held that Sullivan's and Lemay's lack of knowledge, skill and care was in breach of the legal duty imposed by s. 198 and that this lack of knowledge and skill had caused the death of the child of Jewel Voth. The judge then turned to the issue of whether Sullivan and Lemay had shown wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons within the meaning of s. 202 (now s. 219). She concluded that the *mens rea* of criminal negligence is determined by an objective standard and thus that “good intentions” on the part of the midwives were irrelevant. Consequently, Godfrey L.J.S.C. held that the actions and omissions of the appellants, in all the circumstances, showed a reckless disregard for the life and safety of the child.

Before finding the appellants guilty of criminal negligence causing death to the child, the judge briefly considered whether the foetus is a person for the purposes of s. 203. She considered and adopted the reasoning of the County Court of Vancouver

Les décisions des juridictions inférieures

*Cour de comté de Vancouver (le juge Godfrey, juge local de la Cour suprême)* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62

<sup>a</sup> Le juge du procès a commencé par examiner l'art. 198 du *Code* (maintenant l'art. 216) et a conclu que l'expression «un autre acte légitime qui peut mettre en danger la vie d'une autre personne» englobe les actes d'un accoucheur et que les accusées étaient en conséquence «légalement tenu[es] d'apporter [ . . . ] une connaissance, une habileté et des soins raisonnables» à l'accomplissement de ces actes. Selon le juge, la norme applicable était celle d'un [TRADUCTION] «accoucheur compétent». En examinant si Sullivan et Lemay avaient omis d'apporter cette connaissance et cette habileté raisonnables, le juge Godfrey a souligné, à la p. 68, qu'elle était convaincue hors de tout doute raisonnable de ce que:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] En premier lieu, si l'enfant et sa mère avaient été transportés à l'hôpital, même à 13 h, l'enfant aurait vécu; en deuxième lieu, si les accusées avaient eu la compétence que possédait l'interne à l'hôpital St. Paul, l'enfant aurait vécu.

<sup>f</sup> Le juge Godfrey a jugé que l'absence de connaissance, d'habileté et de soin de la part de Sullivan et Lemay était un manquement à l'obligation légale que leur imposait l'art. 198 et que cette absence de connaissance et d'habileté avait causé la mort de l'enfant de Jewel Voth. Le juge a étudié ensuite la question de savoir si Sullivan et Lemay avaient montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui au sens de l'art. 202 (maintenant l'art. 219). Elle a conclu que la *mens rea* requise pour qu'il y ait négligence criminelle est à déterminer selon une norme objective, de sorte que les [TRADUCTION] «bonnes intentions» des sages-femmes n'avaient aucune pertinence. Le juge Godfrey a conclu en conséquence que, eu égard à toutes les circonstances, les actes et les omissions des appelantes témoignaient d'une insouciance téméraire à l'égard de la vie et de la sécurité de l'enfant.

<sup>j</sup> Avant de déclarer Sullivan et Lemay coupables de négligence criminelle causant la mort de l'enfant, le juge a examiné brièvement si le foetus est une personne aux fins de l'art. 203. Elle a considéré et adopté le raisonnement de la Cour de comté de l'Île

Island in *R. v. Marsh* (1979), 31 C.R. (3d) 363, to the effect that a full-term child in the process of being born is a person within the meaning of s. 203, notwithstanding that it would not be a human being for the purpose of s. 206 (now s. 223).

With respect to the second count, Godfrey L.J.S.C. held that the bruising, etc., did not amount to bodily harm and therefore found the accused not guilty of criminal negligence causing bodily harm to the child of Jewel Voth. She also commented that had the baby been "part" of the mother, she would have found the appellants guilty on that count.

*British Columbia Court of Appeal (Per Curiam)* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 145

The court first dealt with the issue of whether the child was a person within the meaning of s. 203. After reviewing the law on this point in England, the United States, and Canada, the court stated that, at common law, the line of demarcation for a foetus to become a person was the requirement that it be completely extruded from its mother's body and be born alive. The court noted that the *Code* reflected this position in s. 206 in defining when a child becomes a human being. It stated that Parliament drew no distinction between a person and a human being prior to 1953 and that when Parliament legislated with respect to criminal negligence in 1953, it did not intend to insert such a distinction into the *Code*. Accordingly, the child was not a person within the meaning of s. 203 and Sullivan and Lemay could not be found guilty of criminal negligence causing death (to another person). The court noted, at p. 160, that

If Parliament considers it appropriate to protect a child during the birth process from criminally negligent acts by those attending and assisting at the birth, that is a matter upon which Parliament can legislate.

Having reached this conclusion on the first count, the court did not find it necessary to consider the other grounds of appeal; thus the Court did not consider whether the trial judge was in error in finding *mens rea* based solely on an objective standard.

de Vancouver dans l'affaire *R. v. Marsh* (1979), 31 C.R. (3d) 363, raisonnement suivant lequel un enfant porté à terme qui est en train de naître est une personne au sens de l'art. 203, bien qu'il ne soit pas un être humain pour les fins de l'art. 206 (maintenant l'art. 223).

En ce qui concerne le second chef d'accusation, le juge Godfrey a conclu que les meurtrissures, etc., ne constituaient pas des lésions corporelles et a donc déclaré les accusées non coupables de négligence criminelle causant des lésions corporelles à Jewel Voth. Elle a également fait observer que si l'enfant avait fait partie de la mère, elle aurait déclaré les appelantes coupables sous ce chef d'accusation.

*Cour d'appel de la Colombie-Britannique (la Cour)* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 145

La cour a traité d'abord de la question de savoir si l'enfant était une personne au sens de l'art. 203. Ayant passé en revue le droit anglais, américain et canadien sur ce point, la cour a déclaré qu'en common law le fœtus ne devenait une personne que s'il était complètement expulsé, vivant, du sein de sa mère. Selon la cour, le *Code* adopte ce point de vue en précisant, à l'art. 206, le moment où l'enfant devient un être humain. La cour a déclaré que le Parlement ne faisait aucune distinction entre une personne et un être humain avant 1953 et que, lorsqu'il a légiféré relativement à la négligence criminelle en 1953, il n'avait pas l'intention d'introduire une telle distinction dans le *Code*. Par conséquent, l'enfant n'était pas une personne au sens de l'art. 203 et les appelantes ne pouvaient être déclarées coupables de négligence criminelle causant la mort (d'une autre personne). La cour a souligné, à la p. 160:

[TRADUCTION] Si le Parlement estime opportun de protéger un enfant, pendant le déroulement de l'accouchement, contre des actes de négligence criminelle commis par les personnes qui assistent à l'accouchement et qui y aident, il lui est loisible de légiférer à cet effet.

Étant arrivée à cette conclusion relativement au premier chef d'accusation, la cour n'a pas jugé nécessaire d'examiner les autres moyens d'appel. La cour ne s'est donc pas demandé si le juge du procès avait eu tort d'avoir conclu à la *mens rea* en se fondant uniquement sur un critère objectif.

The Court of Appeal then considered the second count of criminal negligence causing bodily harm to Jewel Voth. It noted that the trial judge had indicated that she would have found the accused guilty on the second count in the event that she had reached the conclusion that the foetus was not a person, because she would then have found that the foetus was a part of its mother at the time of its death. The court indicated that its holding on the line of demarcation between a foetus and a person led it to the conclusion that a child in the birth canal is, as a matter of law, part of the mother. Thus, Sullivan and Lemay could be convicted of criminal negligence causing bodily harm to Jewel Voth via the harm done to the foetus. The court appeared to accept the Crown's submission that it had jurisdiction to allow the appeal pursuant to s. 613(2) (now s. 686(2)) and to thereby enter an acquittal on count 1, and also to enter a conviction on count 2 pursuant to s. 613(8) (now s. 686(8)). Referring to the reasons of Dickson C.J. in *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483, the court indicated that the normal procedure would be to remit the matter to the trial judge to consider whether to register a conviction on the second count. However, Godfrey L.J.S.C. had expressed her opinion on this point and it was therefore unnecessary to do so. Therefore, the court entered a conviction on the second count.

La Cour d'appel a abordé ensuite le second chef d'accusation, celui de négligence criminelle causant des lésions corporelles à Jewel Voth. La cour a fait remarquer que le juge du procès avait indiqué qu'elle aurait reconnu les accusées coupables relativement au second chef si elle avait décidé que le fœtus n'était pas une personne, parce qu'elle aurait alors conclu que le fœtus faisait partie de sa mère quand il est mort. La cour a signalé que sa décision concernant le moment où le fœtus devient une personne l'amenait à la conclusion que, du point de vue juridique, un enfant dans la filière génitale fait partie de sa mère. Cela étant, les appelantes pouvaient être reconnues coupables de négligence criminelle ayant causé des lésions corporelles à Jewel Voth, et ce, en raison du préjudice porté au fœtus. La cour a semblé retenir l'argument du ministère public selon lequel elle avait compétence pour accueillir l'appel en vertu du par. 613(2) (maintenant le par. 686(2)) et pour inscrire ainsi un acquittement sur le premier chef d'accusation, et pour inscrire également une déclaration de culpabilité relativement au second chef, en application du par. 613(8) (maintenant le par. 686(8)). Se référant aux motifs du juge en chef Dickson dans l'affaire *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483, la cour a indiqué que la procédure normale serait de renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il examine l'opportunité d'inscrire une déclaration de culpabilité à l'égard du second chef. Toutefois, comme le juge Godfrey avait exprimé son opinion sur ce point, il n'était pas nécessaire de procéder ainsi. La cour a en conséquence inscrit un verdict de culpabilité relativement au second chef d'accusation.

### Issues

#### *Count 1 (R. v. Sullivan and Lemay)*

1. Did the Court of Appeal err in concluding that a living child, partially born, is not a "person" within the meaning of s. 203 (now s. 220) of the *Criminal Code*?

If so,

2. Did the trial judge err in concluding that the appropriate standard for determining liability for

### Les questions en litige

#### *Le premier chef d'accusation (R. c. Sullivan et Lemay)*

1. Est-ce à tort que la Cour d'appel a conclu qu'un enfant vivant, partiellement né, n'est pas une «personne» au sens de l'art. 203 (maintenant l'art. 220) du *Code criminel*?

Dans l'affirmative,

2. Est-ce à tort que le juge du procès a conclu qu'il convient d'appliquer une norme objective pour

criminal negligence under s. 203 (now s. 220) is an objective standard?

*Count 2 (Sullivan and Lemay v. The Queen)*

3. Did the Court of Appeal err in holding that s. 613(2) (now s. 686(2)) and s. 613(8) (now s. 686(8)) gave it the authority to substitute a conviction on count 2 in the absence of a Crown appeal on that count?

If not,

4. Did the Court of Appeal err in holding that as a matter of law the foetus is part of the mother, and that therefore the appellants could be convicted under s. 204 (now s. 221) based on the death of the foetus?

Analysis

*The Meaning of "Person" in s. 203*

Sullivan and Lemay have argued that the Crown's appeal on this issue should be dismissed, both on the grounds that it has been abandoned and that it cannot be supported on the merits. It is true that the Crown has not directly supported the contention that a foetus is a person within the meaning of s. 203. The Crown has appealed on this ground because it takes the position that a foetus must either be a part of its mother or a person; there can be no intermediate state. Thus, the Crown has appealed on this ground in order to avoid putting this Court in the position of finding a foetus to be a person under s. 203 and yet being forced to acquit the appellants because the first count is not before the Court. Counsel for the Crown did acknowledge that it had sought leave to appeal before the decision of this Court in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, and it directed no oral argument to the proposition that a foetus is a person.

Sullivan and Lemay contend that the Crown is only bringing this appeal as a convenience to the

déterminer si l'on s'est rendu coupable de l'infraction de négligence criminelle prévue à l'art. 203 (maintenant l'art. 220)?

*a Le second chef d'accusation (Sullivan et Lemay c. La Reine)*

3. Est-ce à tort que la Cour d'appel a conclu que le par. 613(2) (maintenant le par. 686(2)) et le par. 613(8) (maintenant le par. 686(8)) l'autorisaient à substituer une déclaration de culpabilité à l'égard du second chef d'accusation en l'absence d'un appel par le ministère public relativement à celui-ci?

*c* Dans la négative,

4. Est-ce à tort que la Cour d'appel a conclu que, juridiquement, le fœtus fait partie de sa mère, de sorte que les appelantes pouvaient être reconnues coupables d'une infraction à l'art. 204 (maintenant l'art. 221) par suite de la mort du fœtus?

Analyse

*e Le sens de «personne» à l'art. 203*

Sullivan et Lemay ont fait valoir que le pourvoi du ministère public sur ce point devrait être rejeté pour le double motif que ce moyen a fait l'objet d'une renonciation et qu'il n'est pas fondé. Il est vrai que le ministère public n'a pas soutenu directement l'argument que le fœtus est une personne au sens de l'art. 203. Le ministère public a formé un pourvoi sur cette question parce qu'il prétend qu'il faut que le fœtus fasse partie de sa mère ou qu'il soit une personne; il ne peut y avoir de moyen terme. Ainsi le ministère public a formé un pourvoi sur ce point afin d'éviter à notre Cour de se trouver à conclure que le fœtus est une personne au sens de l'art. 203, mais d'être en même temps obligée d'acquiescer les appelantes parce qu'elle n'a pas été saisie du premier chef d'accusation. Le ministère public a reconnu avoir demandé l'autorisation de pourvoi avant l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, et n'a présenté aucune argumentation orale sur la proposition selon laquelle le fœtus est une personne.

*j* Sullivan et Lemay prétendent que le ministère public se pourvoit simplement par complaisance

intervener, R.E.A.L. Women, which has argued that the foetus is a person within s. 203. They argue that the Crown has no right to bring an appeal on an issue which it does not, itself, support. In my view, it is unfair to say that the Crown's appeal has been brought solely for the convenience of the intervener, R.E.A.L. Women. The Crown has brought the appeal because it takes the position that if the foetus is not a part of the mother, then it is a person. The Crown assumes that if this Court finds, in the main appeal, that the Court of Appeal erred in finding that a foetus in the birth canal is a part of the mother, the natural corollary will be that the foetus is a person. Whether or not this assumption is valid, the Crown's appeal on count 1 is consistent with its approach to the issues and it is clear that the Crown has not brought this appeal to aid the intervener R.E.A.L. Women. Admittedly R.E.A.L. Women's arguments depend on there being a crown appeal before us. Thus, I now turn to the merits of this appeal.

It is clear from the wording of s. 206 that a foetus is not a "human being" for the purposes of the *Code*. However, R.E.A.L. Women has argued that "person" and "human being" are not equivalent terms within the *Code*. The argument was made that "person" is broader than "human being" because "person" includes a foetus, while "human being" does not. I have not been persuaded by any of the textual arguments put forward to support this position.

The Court of Appeal has, in my view, reviewed and analyzed the law on this point in a very thorough manner. The terms "person" and "human being" were used interchangeably in the pre-1954 homicide provisions. The question then becomes, is there any reason to conclude that the 1953-54 *Criminal Code* revision gave new meaning to these terms? The Court of Appeal has concluded that the introduction of the criminal negligence provisions by Parliament in 1954 (via *An Act Respecting the Criminal Law*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 192) was not intended to change the long established meaning of the word "person". Indeed,

envers l'intervenant REAL Women, qui a soutenu que le foetus est une personne aux fins de l'art. 203. Elles allèguent que le ministère public n'a pas le droit de former un pourvoi pour avancer un point de vue qu'il n'appuie pas lui-même. À mon avis, il est inexact de dire que le ministère public se pourvoit uniquement par complaisance envers l'intervenant REAL Women. Il le fait parce que, à son point de vue, si le foetus ne fait pas partie de sa mère, alors il est une personne. Le ministère public suppose que, dans l'hypothèse où notre Cour conclurait relativement au pourvoi principal que la Cour d'appel a eu tort de décider qu'un foetus dans la filière génitale fait partie de sa mère, il en découlerait naturellement que le foetus est une personne. Que cette supposition soit fondée ou non, le pourvoi du ministère public relativement au premier chef d'accusation concorde avec sa façon d'aborder les questions en litige et il est évident qu'il n'a pas formé ce pourvoi pour rendre service à l'intervenant REAL Women. Il faut admettre toutefois que l'argumentation de REAL Women dépendait de l'existence d'un appel du ministère public devant notre Cour. Je vais donc examiner maintenant le fond du présent pourvoi.

Il se dégage nettement du texte de l'art. 206 qu'un foetus n'est pas un «être humain» aux fins du *Code*. REAL Women fait cependant valoir que les termes «personne» et «être humain» ne sont pas équivalents dans le *Code*. On a soutenu en effet que le mot «personne» a une portée plus large que le terme «être humain» en ce sens que «personne» englobe le foetus alors que l'expression «être humain» ne le fait pas. Je ne trouve convaincant aucun des arguments textuels invoqués au soutien de cette position.

À mon avis, la Cour d'appel a examiné et analysé très à fond le droit applicable à ce point. Les termes «personne» et «être humain» s'employaient indifféremment dans les dispositions relatives à l'homicide en vigueur avant 1954. La question est donc de savoir s'il existe une raison quelconque de conclure que la révision du *Code criminel* de 1953-1954 a donné un sens nouveau à ces termes. D'après la Cour d'appel, ce n'était pas avec l'intention de modifier le sens, établi depuis longtemps, du mot «personne» que le Parlement a introduit en 1954 les dispositions portant sur la négligence criminelle (dans la *Loi concernant*

the *House of Commons Debates* [p. 2423] indicate that when the criminal negligence provisions were considered in committee on February 25, 1954, the members did not address the fact that the sections employed the term "person" as opposed to "human being". Moreover, when the revised homicide provisions were considered in committee, the members did not address the fact that these provisions employed the term "human being" while the criminal negligence provisions employed the term "person". In fact, the revisions were agreed to rather quickly following a short discussion regarding the concept of criminal negligence.

Accordingly, I agree with the Court of Appeal that the introduction of the criminal negligence provisions by Parliament in 1954 was not intended to change the meaning of "person" and that the term, as used in s. 203 of the *Code*, is synonymous with the term "human being". Therefore, according to s. 206, the child of Jewel Voth was not a "person" within the meaning of s. 203 and Sullivan and Lemay cannot be convicted of criminal negligence causing death to another person.

The intervener L.E.A.F. encouraged this Court to find that a foetus is not a "person" within the meaning of s. 203 on the basis that such a result would be inconsistent with the goal of sexual equality in the law which has been recognized by this Court in both *Charter* and non-*Charter* cases: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852. Such an approach to statutory interpretation may have arisen if an examination of the legislative history of the criminal negligence provisions had revealed that Parliament had intended that the term "person" would include a foetus, whereas "human being" would not. However, this was not the case. The result reached above is consistent with the "equality approach" taken by L.E.A.F.; but it is unnecessary to consider this point in further detail.

*le droit criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 192). De fait, il ressort des *Débats de la Chambre des communes* [p. 2565] que, lorsque les dispositions relatives à la négligence criminelle ont été examinées en comité le 25 février 1954, les députés ne se sont pas arrêtés à l'utilisation du terme «personne» plutôt qu'«être humain» dans ces dispositions. En outre, quand les dispositions révisées portant sur l'homicide ont été étudiées en comité, les députés n'ont pas parlé du fait qu'on y employait le terme «être humain» tandis que le mot «personne» était employé dans les dispositions relatives à la négligence criminelle. En fait, les révisions ont été approuvées assez rapidement à la suite d'une brève discussion sur la notion de négligence criminelle.

Je partage donc l'avis de la Cour d'appel que l'introduction des dispositions relatives à la négligence criminelle par le législateur fédéral en 1954 ne visait pas à changer le sens du mot «personne» et que ce terme, tel qu'il est employé à l'art. 203 du *Code*, est synonyme de l'expression «être humain». Par conséquent, suivant l'art. 206, l'enfant de Jewel Voth n'était pas une «personne» au sens de l'art. 203 et Sullivan et Lemay ne peuvent être reconnues coupables de négligence criminelle ayant causé la mort d'une autre personne.

L'intervenant FAEJ a encouragé notre Cour à conclure qu'un fœtus n'est pas une «personne» au sens de l'art. 203 pour le motif que le résultat contraire serait inconciliable avec le but de l'égalité juridique des sexes reconnu par notre Cour aussi bien dans des affaires portant sur la *Charte* que dans des affaires où la *Charte* n'était pas en cause: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852. Une telle méthode d'interprétation de lois aurait pu être indiquée s'il s'était dégagé de l'examen historique des dispositions en matière de négligence criminelle que le Parlement avait voulu que le mot «personne» comprenne le fœtus, mais que le terme «être humain» ne le fasse pas. Tel n'est toutefois pas le cas. La conclusion tirée plus haut est compatible avec la «perspective d'égalité» adoptée par le FAEJ, mais il n'est pas nécessaire d'examiner ce point plus à fond.

I would therefore dismiss the Crown's appeal from the acquittal entered by the Court of Appeal on count 1.

*The Jurisdiction of the Court of Appeal under s. 613*

Sullivan and Lemay have appealed from the substituted conviction on count 2 on the basis that the Court of Appeal had no jurisdiction to substitute a conviction on count 2 in the absence of a Crown appeal.

This Court has previously held that a court of appeal has no jurisdiction to disturb a verdict of acquittal unless there has been an appeal by the Crown from that acquittal: see *Rickard v. The Queen*, [1970] S.C.R. 1022; *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356. An exception to this general rule has, however, been established in cases where the *Kienapple* rule is applicable: see *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. When the *Kienapple* principles are operative, s. 613(8) provides supplementary powers to an appeal court such that the acquittal at trial can be considered in the absence of a Crown appeal. This is because the *Kienapple* rule arises in cases where the principle *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (a person should not be punished twice for one offence) is applicable. In other words, in a *Kienapple* situation, there have been two findings of guilt but a conditional stay is entered on one charge for policy reasons. As was stated by Justice Wilson in *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at p. 16:

If the accused's appeal from the conviction arising from the same delict is eventually dismissed or the accused does not appeal within the specified times, then the conditional stay becomes a permanent stay and in accordance with this Court's judgment in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, that stay becomes tantamount to a judgment or verdict of acquittal for the purpose of an appeal or a plea of *autrefois acquit*. If, on the other hand as is the case here, the accused's appeal from the conviction is successful, the conditional stay dissolves and the appellate courts, while allowing the appeal, can make an order remitting to the trial judge the count or counts

Je rejetterais donc le pourvoi du ministère public contre l'acquiescement inscrit par la Cour d'appel quant au premier chef d'accusation.

*La compétence de la Cour d'appel en vertu de l'art. 613*

Alléguant que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour opérer une telle substitution en l'absence d'appel du ministère public, Sullivan et Lemay se pourvoient contre la substitution d'une déclaration de culpabilité relativement au second chef d'accusation.

Notre Cour a déjà statué qu'une cour d'appel n'a pas compétence pour modifier un verdict d'acquiescement, à moins que le ministère public n'ait interjeté appel de cet acquiescement: voir *Rickard c. La Reine*, [1970] R.C.S. 1022; *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356. Une exception à cette règle générale a cependant été établie pour les cas où s'applique la règle énoncée dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Lorsque jouent les principes posés dans cet arrêt, le par. 613(8) investit la cour d'appel de pouvoirs supplémentaires qui lui permettent d'examiner le verdict d'acquiescement prononcé au procès, même en l'absence d'appel par le ministère public. Cela s'explique par le fait que la règle formulée dans l'arrêt *Kienapple* est invoquée dans les cas où s'applique le principe *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nul ne doit être puni deux fois pour une seule infraction). En d'autres termes, dans une situation du type *Kienapple*, il y a eu deux conclusions de culpabilité, mais, pour des raisons de principe, une suspension conditionnelle a été inscrite relativement à une des accusations. Comme le dit le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, à la p. 16:

Si l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité découlant du même délit est éventuellement rejeté ou si l'accusé n'interjette pas appel dans le délai imparti, la suspension conditionnelle devient alors permanente et, conformément à l'arrêt de cette Cour *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, cette suspension devient l'équivalent d'un jugement ou verdict d'acquiescement aux fins d'un appel ou d'un plaidoyer d'autrefois acquit. Par contre, si, comme en l'espèce, l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité est accueilli, la suspension conditionnelle s'éteint et, tout en accueillant l'appel, les cours d'appel peuvent rendre une ordonnance de renvoi au

which were conditionally stayed by reason of the application of the rule against multiple convictions notwithstanding that no appeal was taken from the conditionally stayed counts.

The exception to the general rule that a court of appeal has no jurisdiction to substitute a conviction for an acquittal which has not been appealed by the Crown, which arises in a *Kienapple* situation, is justified by the policy considerations which underlie the *Kienapple* rule. As was stated by Wilson J. in *Provo*, at p. 17:

The accused who would be guilty of an offence except for the application of the rule against multiple convictions is not, in my view, deserving of an acquittal in the true sense that the state had not met its burden of proving the elements of the offence. . . . The policy considerations here are analogous to those which apply when proceedings against an accused are stayed because of entrapment. They are concerned with the integrity and fairness of the administration of justice rather than with the culpability of the accused.

Thus, unless the case at bar falls within the *Kienapple* exception or raises similar policy issues which compel a new exception to the general rule, it is my view that there was no jurisdiction under s. 613 by which the Court of Appeal could substitute a conviction on count 2. Outside of a *Kienapple* situation, s. 613(8) confers no jurisdiction on a court of appeal with respect to a count which has not been appealed from the court below—the ancillary powers embodied in s. 613(8) can only be exercised in relation to a count which is properly before the court.

In my opinion, the *Kienapple* rule has no application to this case. First, there is an insufficient legal nexus between the two offences; one requires proof of the death of the foetus while the other requires proof of bodily harm to the mother. While the two charges may involve the same general conduct, they involve two separate consequences. Second, the acquittal entered by the trial judge on count 2 was an acquittal on the merits and was not entered pursuant

juge du procès du ou des chefs d'accusation qui ont fait l'objet d'une suspension conditionnelle en application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, même si aucun appel n'a été interjeté contre ces chefs d'accusation.

L'exception à la règle générale selon laquelle une cour d'appel n'a pas compétence pour substituer une déclaration de culpabilité à un acquittement dont le ministère public n'a pas fait appel, exception qui joue dans une situation du type *Kienapple*, se justifie par les considérations de principe qui sous-tendent la règle établie dans l'arrêt *Kienapple*. Comme l'affirme le juge Wilson dans l'arrêt *Provo*, à la p. 17:

L'accusé qui, n'eût été de l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, serait reconnu coupable d'une infraction, ne mérite pas, à mon avis, un véritable acquittement en ce sens que le ministère public ne se serait acquitté de son obligation de prouver les éléments de l'infraction. [. . .] Les considérations de principe en l'espèce sont analogues à celles qui s'appliquent à la suspension d'instance pour cause de provocation policière. Elles visent l'intégrité et l'équité de l'administration de la justice plutôt que la culpabilité de l'accusé.

Donc, à moins que la présente espèce ne relève de l'exception de l'arrêt *Kienapple* ou qu'elle ne mette en cause des questions de principe analogues exigeant la création d'une nouvelle exception à la règle générale, j'estime que l'art. 613 n'autorisait pas la Cour d'appel à substituer un verdict de culpabilité à l'égard du second chef d'accusation. Mis à part les situations du type *Kienapple*, le par. 613(8) ne confère à une cour d'appel aucune compétence à l'égard d'un chef d'accusation qui n'est pas visé par un appel formé contre la décision de la juridiction inférieure—les pouvoirs accessoires prévus au par. 613(8) ne peuvent s'exercer qu'à l'égard d'un chef d'accusation dont la cour se trouve régulièrement saisie.

À mon avis, la règle établie dans l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas en l'espèce. En premier lieu, il n'existe pas de lien juridique suffisant entre les deux infractions; l'une exige qu'on prouve la mort du fœtus et l'autre qu'on prouve que la mère a subi des lésions corporelles. Bien qu'elles puissent viser d'une manière générale le même genre de conduite, les deux accusations entraînent des conséquences distinctes. En deuxième lieu, l'acquittal inscrit par



to a finding of guilt on the first count. I respectfully disagree with the Crown's assertion that Sullivan and Lemay could not have been convicted on both counts in this case. The trial judge explicitly considered whether Jewel Voth had suffered bodily harm (independent of the death of the foetus) and concluded that she had not. Had the trial judge made a different finding of fact, she may well have convicted Sullivan and Lemay on both counts. Furthermore, even if no independent bodily harm was found to have occurred, it would still not be impossible for Sullivan and Lemay to have been convicted on both counts. It would not have been illogical to find that bodily harm was done to Jewel Voth through the death of the foetus which was inside of and connected to her body and, at the same time, to find that the foetus was a person who could be the victim of criminal negligence causing death.

In summary, the *Kienapple* rule does not apply to this case and no compelling policy reasons have been put before this Court for granting a further exception which would extend the Court of Appeal's jurisdiction to substitute a conviction for an acquittal in the absence of a Crown appeal.

#### Disposition

Based on the reasons given above, I would dismiss the Crown's appeal from the acquittal entered by the British Columbia Court of Appeal on the first count, and would allow the appeal by Sullivan and Lemay from the conviction entered by the Court of Appeal on the second count.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in *Sullivan and Lemay v. The Queen*)—I have had the opportunity to read the reasons of Chief Justice Lamer. While I

le juge du procès relativement au second chef d'accusation était un acquittement sur le fond et n'est pas intervenu par suite d'un verdict de culpabilité relativement au premier chef d'accusation. Avec égards, je rejette l'assertion du ministère public que Sullivan et Lemay n'auraient pas pu être reconnues coupables des deux infractions en l'espèce. Le juge du procès a expressément étudié la question de savoir si Jewel Voth avait subi des lésions corporelles (indépendamment de la mort du fœtus) et a conclu que non. Si le juge du procès avait tiré une conclusion de fait différente, elle aurait bien pu déclarer Sullivan et Lemay coupables relativement aux deux chefs d'accusation. De plus, même s'il avait été jugé qu'il n'y avait pas de lésions corporelles indépendantes, il aurait encore été possible de déclarer Sullivan et Lemay coupables des deux chefs d'accusation. Il n'y aurait rien eu d'illogique en effet à conclure que des lésions corporelles avaient été infligées à Jewel Voth en raison de la mort du fœtus, qui se trouvait dans son corps et qui y était attaché, et à conclure en même temps que le fœtus était une personne pouvant être victime de négligence criminelle causant la mort.

En résumé, la règle établie dans l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas en l'espèce et on n'a présenté à notre Cour aucune raison impérieuse de principe militant en faveur de la création d'une nouvelle exception qui élargirait la compétence d'une cour d'appel pour substituer une déclaration de culpabilité à un acquittement dans un cas où le ministère public n'a pas interjeté appel.

#### Dispositif

Compte tenu des motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public contre l'acquittal inscrit par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique relativement au premier chef d'accusation et d'accueillir le pourvoi de Sullivan et Lemay contre le verdict de culpabilité inscrit par la Cour d'appel relativement au second chef d'accusation.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente dans *Sullivan et Lemay c. La Reine*)—J'ai eu l'occasion de prendre connaissance de l'opinion du Juge en chef

agree with him that the Crown's appeal from the acquittal entered by the British Columbia Court of Appeal must be dismissed, contrary to the Chief Justice I would also dismiss the appellants' appeal from the conviction entered by the Court of Appeal on the second count.

I agree with the judgment below (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 145, that the Court of Appeal had jurisdiction to enter a conviction pursuant to s. 613(8) (now s. 686(8)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which reads:

613. ...

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

Referring to *R. v. Terlecki* (1983), 42 A.R. 87 (C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 483, the Court of Appeal stated at p. 163, *per curiam*:

Adopting what was said by Dickson C.J.C. in *Terlecki* as to the proper disposition of the matter, it would normally follow that we would return the matter to the trial judge to consider whether to register a conviction on count 2 and, if so, to impose sentence. In this case the trial judge has already considered the matter. In these circumstances we would enter a conviction on count 2

The trial judge specifically considered the question of guilt on the second count, which was causing bodily harm by criminal negligence. She stated ((1986), 31 C.C.C. (3d) 62), at p. 75:

I should comment that had I reached the opposite conclusion with respect to the "persons" argument above, then I would have found the accused guilty on this count because I would have concluded that the child was a part of Jewel Voth at the time of its death.

In these circumstances, I agree with the Court of Appeal's disposition and therefore I would dismiss the appellants' appeal from their convictions on the second count.

Lamer. Même si je suis d'accord que l'appel de la poursuite contre le verdict d'acquiescement rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique doit être rejeté, contrairement au Juge en chef je rejetterais aussi l'appel de Sullivan et Lemay contre la déclaration de culpabilité inscrite par la Cour d'appel sous le deuxième chef d'accusation.

Je partage l'avis de la Cour d'appel, (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 145, à l'effet qu'elle a juridiction pour inscrire une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 613(8) (maintenant l'art. 686(8)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui se lit:

613. ...

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

Se référant à l'arrêt *R. v. Terlecki* (1983), 42 A.R. 87 (C.A.), conf. par [1985] 2 R.C.S. 483, la Cour d'appel écrivait, à la p. 163:

[TRADUCTION] Adoptant ce qu'a dit le juge en chef Dickson dans *Terlecki* quant à la façon de disposer correctement de cette affaire, il s'ensuivrait normalement que nous devrions retourner l'affaire au juge du procès pour qu'il décide s'il doit inscrire une déclaration de culpabilité sous le second chef et, si oui, pour imposer la peine. Dans la présente instance, le juge du procès a déjà considéré l'affaire. Dans ces circonstances, nous inscririons une déclaration de culpabilité sous le second chef ...

Le juge du procès a, de manière spécifique, examiné la question de la culpabilité sous le second chef d'accusation, soit d'avoir, par négligence criminelle, causé des lésions corporelles à autrui. Elle a statué ((1986), 31 C.C.C. (3d) 62), à la p. 75:

[TRADUCTION] En commentaire, je devrais dire que si j'en étais arrivée à la conclusion opposée en ce qui concerne l'argument «relatif à la personne» dont je viens de discuter, j'aurais alors trouvé les accusées coupables sous ce chef parce que j'aurais conclu que l'enfant faisait partie de Jewel Voth au moment de son décès.

Dans ces circonstances, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel et je rejetterais l'appel de Sullivan et Lemay contre leur déclaration de culpabilité sous le deuxième chef d'accusation.

In the result I would dismiss both appeals.

*Appeal in Sullivan and Lemay v. The Queen allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Appeal in R. v. Sullivan and Lemay dismissed.*

*Solicitor for Mary C. Sullivan and Gloria J. Lemay: Thomas R. Berger, Vancouver.*

*Solicitor for Her Majesty The Queen: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener Women's Legal Education and Action Fund: Lynn Smith, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener R.E.A.L. Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.*

Statuant sur le tout, je rejetterais les deux appels.

*Pourvoi dans Sullivan et Lemay c. La Reine accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

<sup>a</sup>

*Pourvoi dans R. c. Sullivan et Lemay rejeté.*

*Procureur de Mary C. Sullivan et de Gloria J. Lemay: Thomas R. Berger, Vancouver.*

<sup>b</sup>

*Procureur de Sa Majesté la Reine: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

<sup>c</sup>

*Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Lynn Smith, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant REAL Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.*

**Anthony Robert Sherratt** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHERRATT

File No.: 21501.

1990: December 13; 1991: March 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Trial — Juries — Challenge for cause — Pre-trial publicity — Accused seeking to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality — Judge not permitting questions to be put to all prospective jurors — Whether accused properly denied right to challenge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 554, 562, 567.*

*Criminal law — Juries — Challenge for cause — Pre-trial publicity — Accused seeking to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality — Judge not permitting questions to be put to all prospective jurors — Whether accused properly denied right to challenge.*

Appellant was convicted of killing a pimp. Media publicity was given to the search for and the location of the victim's body, his background and identity, and his involvement in certain killings in the United States. The accused's background was also the subject of some media speculation. These reports occurred approximately nine to ten months prior to the trial of the accused. The accused sought to challenge for cause each potential juror because of the potential for partiality arising from the pre-trial publicity and had prepared a list of eleven questions to be asked of each member of the jury panel. This general challenge was rejected by the trial judge and an appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here is whether the accused was properly denied the ability to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality.

*Held:* The appeal should be dismissed.

**Anthony Robert Sherratt** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SHERRATT

<sup>b</sup> N<sup>o</sup> du greffe: 21501.

1990: 13 décembre; 1991: 21 mars.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

<sup>d</sup> *Procès — Jurys — Récusation motivée — Publicité antérieure au procès — L'accusé a cherché à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité — Le juge n'a pas permis que des questions soient posées à tous les candidats jurés — Est-ce à bon droit que l'accusé a été privé du droit de récusation? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 554, 562, 567.*

<sup>e</sup> *Droit criminel — Jurys — Récusation motivée — Publicité antérieure au procès — L'accusé a cherché à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité — Le juge n'a pas permis que des questions soient posées à tous les candidats jurés — Est-ce à bon droit que l'accusé a été privé du droit de récusation?*

<sup>f</sup> L'appelant a été reconnu coupable d'avoir tué un sou-teneur. La recherche du cadavre de la victime, l'endroit où celui-ci pouvait se trouver, les antécédents et l'identité de la victime ainsi que sa participation à certains homicides aux États-Unis ont fait l'objet de publicité dans les médias. Les médias se sont également livrés à des conjectures sur les antécédents de l'accusé. Les reportages en question ont été diffusés environ neuf ou dix mois avant le procès de l'accusé. L'accusé a tenté de récuser chacun des candidats jurés en raison de la possibilité de partialité résultant de la publicité antérieure au procès et il avait dressé une liste de onze questions à poser à chaque membre du tableau des jurés. Cette récusation générale a été rejetée par le juge du procès et un appel devant la Cour d'appel a également été rejeté. La question en litige est de savoir si c'est à bon droit qu'on a refusé à l'accusé la possibilité de récuser chaque candidat juré pour cause de partialité.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Per* L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, and Cory JJ.: The jury must perform its duties impartially and represent the larger community as far as is possible and appropriate in the circumstances.

The fundamental right to a fair and proper trial is denied where the accused is not allowed to challenge any number of jurors for cause when the grounds of challenge are properly specified. Counsel is entitled to determine whether any potential juror is, by reason of the pre-trial publicity and the notoriety of the appellant, sufficiently impartial. The trial judge cannot, in the exercise of his discretion in the area of admitting grounds of challenge for cause and settling the questions, effectively curtail the statutory right to challenge for cause. That trial judges have a wide discretion in these matters and that jurors will usually behave in accordance with their oaths cannot supersede the right of every accused person to a fair trial, which necessarily includes the empanelling of an impartial jury.

An accused does not have the right to a favourable jury and the selection procedure cannot be used to thwart the representativeness that is essential to the proper functioning of a jury. Peremptory challenges, however, are justified on a number of grounds even though they, along with the Crown's right to stand aside, can be used to alter somewhat the degree to which the jury represents the community. Challenges for cause are properly used to rid the jury of prospective members who are not indifferent or who otherwise fall within s. 567 of the *Criminal Code*, but they stray into illegitimacy if used merely, without more, to over- or under-represent a certain class in society or as a "fishing expedition" in order to obtain personal information about the juror. Information obtained on an ultimately unsuccessful challenge for cause may, however, lead the challenger to exercise the right to challenge peremptorily or to stand aside the particular juror.

The issue raised in a challenge for cause is tried by a "mini-jury" of two jurors or two prospective jurors if no jurors have been sworn. Section 567 of the *Criminal Code* places little, if any, burden on the challenger. On the other hand, a reasonable degree of control must be retained by the trial judge and, thus, some burden placed

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory: Le jury doit remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité.

Il y a négation du droit fondamental à un procès équitable et régulier chaque fois qu'on ne permet pas à l'accusé de récuser pour cause n'importe quel nombre de jurés lorsque les motifs de la récusation sont bien précisés. L'avocat a le droit de déterminer si un candidat juré est, en dépit de la publicité antérieure au procès et de la notoriété de l'appelant, suffisamment impartial. Le juge du procès, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il a de décider s'il y a lieu de retenir les motifs de récusation avancés et de régler les questions posées, ne saurait restreindre en fait le droit de récusation motivée prévu par la loi. Le fait que les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans ce domaine et que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment ne saurait l'emporter sur le droit de tout inculpé à un procès équitable, ce qui comprend nécessairement la constitution d'un jury impartial.

L'accusé n'a pas droit à un jury favorable à sa cause et on ne peut avoir recours à la procédure de sélection pour contrecarrer la représentativité qui est essentielle au bon fonctionnement d'un jury. Les récusations péremptoires se justifient toutefois par un certain nombre de motifs, même si, de la même façon que le droit du ministère public d'exiger la mise à l'écart de jurés, elles peuvent être utilisées pour changer jusqu'à un certain point la mesure dans laquelle le jury représente la collectivité. Les récusations motivées empêchent légitimement le jury d'être composé de membres qui ne sont pas impartiaux ou qui, autrement, relèvent de l'art. 567 du *Code criminel*. Elles glissent toutefois dans l'illégitimité dès qu'on y recourt à la seule fin d'assurer la représentation excessive ou insuffisante d'une certaine classe sociale ou pour entreprendre une «expédition de pêche» destinée à obtenir des renseignements personnels sur le juré. Des renseignements obtenus par suite d'une récusation motivée qui est finalement rejetée peuvent toutefois amener l'auteur de la récusation à exercer son droit de récuser péremptoirement le juré en question ou de le mettre à l'écart.

La question soulevée dans le cadre d'une récusation motivée est décidée par un «mini-jury» composé de deux jurés, ou de deux candidats jurés si aucun juré n'a été assermenté. L'article 567 du *Code criminel* impose peu ou point d'obligation à l'auteur de la récusation. Par ailleurs, le juge du procès doit conserver un degré rai-

upon the challenger to ensure that the selection of the jury occurs in a manner that is in accordance with the principles here articulated and also to ensure that sufficient information is imparted to the trial judge such that the trial of the truth of the challenge is contained within permissible bounds. Thus, while there must be an "air of reality" to the application, it need not be an "extreme" case. The real question to be decided here was whether the particular publicity and notoriety of the accused could potentially have the effect of destroying the prospective juror's indifference between the Crown and the accused.

A valuable distinction might be drawn in pre-trial publicity cases between mere publication of the facts of a case and situations where the media misrepresents the evidence, dredges up and widely publicizes discreditable incidents from an accused's past or engages in speculation as to the accused's guilt or innocence. It may well be that the pre-trial publicity or other ground of alleged partiality will, in itself, provide sufficient reasons for a challenge for cause. The threshold question is not whether the ground of alleged partiality will create such partiality in a juror, but rather whether it could create that partiality which would prevent a juror from being indifferent as to the result. In the end, there must exist a realistic potential for the existence of partiality, on a ground sufficiently articulated in the application, before the challenger should be allowed to proceed.

*Per* Stevenson J.: Concurrence with the reasons and disposition of L'Heureux-Dubé J. was restricted to the main ground of the appeal: whether the trial judge had usurped the function of triers of facts in dealing with challenges for cause. Where counsel seeks to invoke the right to challenge each juror the trial judge is to be satisfied that there is some foundation to the challenge. Here the challenge for cause on the basis of pre-trial publicity was groundless. Giving some rational basis for exercising the peremptory challenge is not a permissible ground for challenging for cause.

#### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Considered:** *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, aff'd [1977] 2 S.C.R. 267; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Guérin and Pimparé* (1984), 13 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Zundel (No. 1)* (1987),

sonnable de contrôle et il doit en conséquence incomber, dans une certaine mesure, à l'auteur de la récusation de veiller à ce que la sélection des jurés se déroule en conformité avec les principes énoncés en l'espèce et de veiller également à ce que soient communiqués au juge du procès des renseignements suffisants pour que la vérification du bien-fondé de la récusation ait lieu dans des limites acceptables. Donc, si la requête doit «paraître réaliste», il ne doit pas nécessairement s'agir d'un cas «extrême». La véritable question qui se pose en l'espèce est de savoir si la publicité particulière et la notoriété de l'accusé risqueraient de détruire l'impartialité du candidat juré entre le ministère public et l'accusé.

Une distinction utile pourrait être établie, pour les cas de publicité antérieure au procès, entre la simple publication des faits d'une cause et les situations où les médias dénaturent la preuve, déterrent le passé de l'accusé, et diffusent largement des incidents tendant à le discréditer, ou se livrent à des conjectures quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Il se peut bien que la publicité antérieure au procès, ou tout autre motif de partialité qu'on a pu avancer, suffise en soi pour justifier une récusation motivée. La question préliminaire n'est pas de savoir si le motif de partialité invoqué engendrera cette partialité chez un juré, mais bien de savoir s'il pourrait engendrer une partialité qui empêcherait un juré d'être impartial quant au résultat. En définitive, il doit exister une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la requête, à défaut de quoi on ne devrait pas permettre à l'auteur de la récusation d'aller de l'avant.

*Le juge* Stevenson: L'opinion souscrivant aux motifs et à la conclusion du juge L'Heureux-Dubé se limite au moyen principal d'appel: le juge du procès a-t-il usurpé la fonction des juges des faits en traitant des récusations motivées? Lorsque l'avocat cherche à invoquer le droit de récuser chaque juré, le juge du procès doit être convaincu que la récusation a un fondement quelconque. En l'espèce la récusation motivée par la publicité antérieure au procès était sans fondement. Le fait qu'elle permet d'établir un motif rationnel de procéder à la récusation péremptoire ne peut pas légitimement fonder une récusation motivée.

#### i Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts examinés:** *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, conf. par [1977] 2 R.C.S. 267; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305; *R. v. Zundel (No. 1)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97, autorisation

31 C.C.C. (3d) 97, leave to appeal refused [1987] 1 S.C.R. xii; referred to: *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412.

By Stevenson J.

Applied: *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(d), (f).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(14).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 554 [am. S.C. 1985, c. 19, s. 128], 562 [am. S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 10], 563, 567 [am. S.C. 1977-78, c. 36, s. 1], 569.

*Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12.

#### Authors Cited

Baker, John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London: Butterworths, 1979.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1900.

Blake, Nicholas. "The Case for the Jury." In Mark Findlay and Peter Duff, eds., *The Jury Under Attack*. London: Butterworths, 1988.

Canada. Law Reform Commission. *Studies on the Jury*. "Jury Selection", by Perry Schulman and Edward Myers. Ottawa: Law Reform Commission, 1979.

Canada. Law Reform Commission. *The Jury in Criminal Trials*. Working Paper 27. Ottawa: Law Reform Commission, 1980.

Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens, 1965.

Gold, Alan. "The Jury in the Criminal Trial." In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982.

Moore, Lloyd E. *The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1973.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1989.

United Kingdom. *Report of the Departmental Committee on Jury Service*. (Morris Committee.) Cmnd. 2627. London: H. M. Stationery Office, 1965.

de pourvoi refusée [1987] 1 R.C.S. xii; arrêt mentionné: *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412.

a Citée par le juge Stevenson

Arrêt appliqué: *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

b Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11d), f).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 554 [mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 128], 562 [mod. S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 10; S.C. 1985, ch. 19, art. 185, Annexe III, N° 15], 563, 567 [mod. S.C. 1977-78, ch. 36, art. 1], 569.

*Juries Act*, S.N.S. 1969, ch. 12.

d *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(14).

#### Doctrine citée

e Baker, John Hamilton. *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. London: Butterworths, 1979.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1900.

f Blake, Nicholas. «The Case for the Jury.» In Mark Findlay and Peter Duff, eds., *The Jury Under Attack*. London: Butterworths, 1988.

g Canada. Commission de réforme du droit. *Études sur le jury*. «La sélection des jurés», par Perry Schulman et Edward Myers. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1979.

Canada. Commission de réforme du droit. *Le jury en droit pénal*. Document de travail 27. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.

h Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens, 1965.

Gold, Alan. «Le jury dans le procès pénal.» Dans Vincent M. Del Buono, éd., *Procédure pénale au Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1983.

i Moore, Lloyd E. *The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty*. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1973.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book Inc., 1989.

j United Kingdom. *Report of the Departmental Committee on Jury Service*. (Morris Committee.) Cmnd. 2627. London: H. M. Stationery Office, 1965.

Vidmar, Neil and Julius Melnitzer. "Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause" (1984), 22 *Osgoode Hall L.J.* 487.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 58 Man. R. (2d) 145, 49 C.C.C. (3d) 237, dismissing an appeal from conviction by Jewers J. sitting with jury. Appeal dismissed.

*G. Greg Brodsky, Q.C.*, for the appellant.

*Gregg Lawlor*, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The sole issue raised by this case is the proper interpretation of the challenge for cause provisions found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. More specifically, the question is whether the accused in this case was properly denied the ability to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality or, in the words of the section, non-indifference.

### Facts

The accused was charged and convicted in the killing of a pimp by the name of Tommy T. The nature of the dispute between the two men and the facts surrounding the actual killing of Tommy T. are not in issue here. Of importance to the legal question raised are the facts surrounding the search for the victim's body.

The crime was committed in Winnipeg, Manitoba, but the accused was picked up for questioning in Dryden, Ontario. On this occasion, he informed the police that he had killed Tommy T. A more detailed statement was given by the accused upon questioning by the Winnipeg police authorities. He told the police about the nature of the dispute between the two men and described the circumstances surrounding the actual killing. According to the accused's statement to the Winnipeg police, he had disposed of the body in a commercial garbage bin. Unfortunately, by the

Vidmar, Neil and Julius Melnitzer. «Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause» (1984), 22 *Osgoode Hall L.J.* 487.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 58 Man. R. (2d) 145, 49 C.C.C. (3d) 237, qui a rejeté un appel contre un verdict de culpabilité rendu par le juge Jewers siégeant avec un jury. Pourvoi rejeté.

*G. Greg Brodsky, c.r.*, pour l'appellant.

*Gregg Lawlor*, pour l'intimée.

Le jugement des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La seule question que soulève ce pourvoi concerne l'interprétation des dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, relatives à la récusation motivée. Plus précisément, la question est de savoir si on a eu raison de nier à l'accusé en l'espèce la possibilité de récuser chaque candidat juré pour cause de partialité ou, selon les mots de la disposition applicable, pour absence d'impartialité.

### Les faits

L'accusé a été inculpé et reconnu coupable du meurtre d'un souteneur nommé Tommy T. Ni la nature du différend entre les deux hommes ni les faits reliés à l'homicide lui-même ne sont en cause ici. L'important, en ce qui concerne la question de droit dont nous sommes saisis, ce sont les circonstances dans lesquelles s'est déroulée la recherche du corps de la victime.

Le crime a été commis à Winnipeg (Manitoba), mais c'est à Dryden (Ontario) qu'on a appréhendé l'accusé à des fins d'interrogatoire. À cette occasion, il a dit à la police avoir tué Tommy T. L'accusé a fait une déclaration plus détaillée quand il a été soumis à un interrogatoire par la police de Winnipeg. Il a en effet informé la police de la nature du différend entre lui et la victime et a relaté les circonstances de l'homicide lui-même. Selon la déclaration qu'il a faite à la police de Winnipeg, l'accusé avait jeté le cadavre dans un contenant à ordures commercial. Malheureu-



time the accused was transported back to Manitoba, the bin in question had been emptied. As a result, the police searched the local land fill site in hopes of locating the body. This search was the subject of some publicity by the media. The media raised questions about the location of the body and about the background and identity of the victim and his involvement in certain killings in the United States. The background of the accused was also apparently the subject of some media speculation. The reports in the media occurred approximately nine to ten months prior to the trial of the accused.

It is against this factual background that the legal question must be analyzed.

#### Relevant statutory provisions

Narrowly, only *Criminal Code* s. 567(1)(b) (now s. 638(1)(b)) is relevant to the disposition in this case. However, for ease of reference and in the interest of clarity, I will set out other *Criminal Code* provisions regarding the empanelling of a jury in the criminal context.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended:

**554.** (1) A person who is qualified as a juror according to, and summoned as a juror in accordance with, the laws of a province is qualified to serve as a juror in criminal proceedings in that province.

**562.** (1) An accused who is charged with high treason or first degree murder is entitled to challenge twenty jurors peremptorily.

(2) An accused who is charged with an offence, not being high treason or first degree murder, for which he may be sentenced to imprisonment for more than five years is entitled to challenge twelve jurors peremptorily.

(3) An accused who is charged with an offence that is not referred to in subsection (1) or (2) is entitled to challenge four jurors peremptorily.

**563.** (1) The prosecutor is entitled to challenge four jurors peremptorily, and may direct any number of jurors who are not challenged peremptorily by the accused to stand by until all the jurors have been called

sement, quand l'accusé a finalement été ramené au Manitoba le contenant en question avait été vidé. La police a, en conséquence, fouillé le dépotoir local dans l'espoir de découvrir le cadavre, fouille qui a fait l'objet d'une certaine publicité dans les médias. Ceux-ci ont soulevé des questions concernant l'endroit où se trouvait le cadavre, les antécédents et l'identité de la victime ainsi que sa participation à certains meurtres aux États-Unis. Il semble, en outre, que les médias se soient livrés à des conjectures sur les antécédents de l'accusé. Les reportages ont été diffusés dans les médias environ neuf ou dix mois avant le procès de l'accusé.

C'est dans ce contexte factuel que doit être abordée la question de droit.

#### Les dispositions législatives pertinentes

À strictement parler, seul l'al. 567(1)(b) (maintenant l'al. 638(1)(b)) du *Code criminel* est pertinent aux fins de statuer sur le présent pourvoi. Toutefois, par souci de commodité et de clarté, je reproduis d'autres dispositions pertinentes du *Code criminel* portant sur la formation de la liste du jury dans le contexte criminel.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et modifications

**554.** (1) Sont aptes aux fonctions de juré dans des procédures criminelles engagées dans une province les personnes qui remplissent les conditions déterminées par la loi provinciale applicable et sont assignées en conformité avec celle-ci.

**562.** (1) L'accusé inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré a le droit de récuser péremptoirement vingt jurés.

(2) L'accusé inculpé d'une infraction autre que la haute trahison ou le meurtre au premier degré et punissable d'un emprisonnement de plus de cinq ans a le droit de récuser péremptoirement douze jurés.

(3) Un accusé inculpé d'une infraction non mentionnée au paragraphe (1) ou (2) a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés.

**563.** (1) Le poursuivant a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés et peut ordonner à un nombre quelconque de jurés, non péremptoirement récusés par l'accusé, de se tenir à l'écart jusqu'à ce que tous les

who are available for the purpose of trying the indictment.

(2) Notwithstanding subsection (1), the prosecutor may not direct more than forty-eight jurors to stand by unless the presiding judge for special cause to be shown, so orders.

(3) The accused may be called upon to declare whether he challenges a juror peremptorily or for cause before the prosecutor is called upon to declare whether he requires the juror to stand by, or challenges him peremptorily or for cause.

**567.** (1) A prosecutor or an accused is entitled to any number of challenges on the ground that

(a) the name of the juror does not appear on the panel, but no misnomer or misdescription is a ground of challenge where it appears to the court that the description given on the panel sufficiently designates the person referred to,

(b) a juror is not indifferent between the Queen and the accused,

(c) a juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death or to a term of imprisonment exceeding twelve months,

(d) a juror is an alien,

(e) a juror is physically unable to perform properly the duties of a juror, or

(2) No challenge for cause shall be allowed on a ground not mentioned in subsection (1).

**569.** (1) Where the ground of a challenge is that the name of a juror does not appear on the panel, the issue shall be tried by the judge on the *voir dire* by the inspection of the panel, and such other evidence that the judge thinks fit to receive.

(2) Where the ground of a challenge is one not mentioned in subsection (1), the two jurors who were last sworn, or if no jurors have then been sworn, two persons present whom the court may appoint for the purpose, shall be sworn to determine whether the ground of challenge is true.

(3) Where the finding, pursuant to subsection (1) or (2) is that the ground of challenge is not true, the juror shall be sworn, but if the finding is that the ground of challenge is true, the juror shall not be sworn. [Emphasis added.]

jurés disponibles pour l'instruction de l'acte d'accusation aient été appelés.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), le poursuivant ne peut ordonner la mise à l'écart de plus de quarante-huit jurés, à moins que, pour un motif spécial à démontrer, le juge qui préside ne l'ordonne.

(3) L'accusé peut être appelé à déclarer s'il récusé un juré péremptoirement ou pour cause, avant que le poursuivant soit appelé à déclarer s'il exige que le juré se tienne à l'écart, ou s'il le récusé péremptoirement ou pour cause.

**567.** (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour le motif

a) que le nom d'un juré ne figure pas sur la liste, mais aucune erreur de nom ou de désignation ne doit être un motif de récusation lorsque la cour est d'avis que la description portée sur la liste désigne suffisamment la personne en question,

b) qu'un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé,

c) qu'un juré a été déclaré coupable d'une infraction pour laquelle il a été condamné à mort ou à un emprisonnement de plus de douze mois,

d) qu'un juré est un étranger,

e) qu'un juré est physiquement incapable de remplir d'une manière convenable les fonctions de juré, ou

(2) Nulle récusation motivée n'est admise pour une raison non mentionnée au paragraphe (1).

**569.** (1) Lorsque le motif d'une récusation est que le nom d'un juré ne figure pas sur la liste, la question est décidée par le juge sur *voir dire* par consultation de la liste et d'après telle autre preuve qu'il juge à propos de recevoir.

(2) Lorsque le motif d'une récusation en est un que ne mentionne pas le paragraphe (1), les deux derniers jurés assermentés ou, si aucun juré n'a encore été assermenté, deux personnes présentes que la cour peut nommer à cette fin, sont assermentées pour vérifier si le motif de récusation est fondé.

(3) Lorsque la conclusion obtenue selon le paragraphe (1) ou (2) est que le motif de récusation n'est pas fondé, le juré est assermenté, mais si la conclusion est que le motif de récusation est fondé, le juré n'est pas assermenté. [Je souligne.]

Judgments*Court of Queen's Bench (Jewers J.)*

At trial, in May, 1988, counsel for the accused informed the judge that he wished to challenge for cause each prospective juror on the ground that they were not "indifferent between the Queen and the accused". The allegation of potential partiality was based upon the pre-trial publicity described above. Counsel for the accused had prepared a list of eleven questions which he desired to put to each member of the jury panel. He argued that the speculation in the media went to the background and character of the accused and, hence, could prove prejudicial absent individual questioning of the prospective jurors on the basis of the eleven questions.

The Crown responded that the pre-trial publicity could not form the basis for the accused's challenge as it had occurred some nine or ten months prior to trial. Further, it was the Crown's contention that the media reports were not prejudicial as they failed to establish any connection between the search and discovery of the body of Tommy T. and the arrest of the accused.

The trial judge was not persuaded by the arguments of the accused and rejected the general challenge on the ground of partiality. He concluded in this fashion:

Well, in this particular case, first of all I don't really have any evidence as to the type or the extent of the publicity that was given to this case, unless I can take judicial notice of it which I do not think I can do.

However I am not persuaded on the basis of what has been told to me that there has been so much publicity about the case, and in particular so much publicity about the notoriety surrounding the accused, that this is a case which would call for the questioning of jurors prior to their being sworn in.

Les jugements*Cour du Banc de la Reine (le juge Jewers)*

Au procès, en mai 1988, l'avocat de l'accusé a fait part au juge de son désir de récuser chaque candidat juré pour le motif qu'il n'était pas «impartial entre la Reine et l'accusé». L'allégation de partialité potentielle reposait sur la publicité, évoquée précédemment, qui avait entouré l'affaire avant le procès. L'avocat de l'accusé avait dressé une liste de onze questions qu'il souhaitait poser à chaque membre du tableau des jurés. Suivant son argument, les conjectures des médias portaient sur les antécédents et la réputation de l'accusé et pourraient, en conséquence, s'avérer préjudiciables si ces onze questions n'étaient pas posées à chaque candidat juré.

Le ministère public a répliqué que la récusation par l'accusé ne pouvait se fonder sur la publicité antérieure au procès puisqu'elle remontait à environ neuf ou dix mois avant le procès. Le ministère public a fait valoir, en outre, que les reportages dans les médias n'avaient rien de préjudiciable étant donné qu'ils n'avaient établi aucun lien entre la recherche et la découverte du cadavre de Tommy T., d'une part, et l'arrestation de l'accusé, d'autre part.

Le juge du procès, non convaincu par les arguments de l'accusé, a rejeté la récusation générale fondée sur la partialité. Il a conclu ainsi:

[TRADUCTION] Bien, dans le cas présent, tout d'abord, je ne dispose en réalité d'aucun élément de preuve quant au type et à l'ampleur de la publicité qui a entouré cette affaire, à moins qu'il ne me soit permis d'en prendre connaissance d'office, ce que je ne crois pas pouvoir faire.

Toutefois, sur la base des représentations qui m'ont été faites, je ne suis pas convaincu que l'affaire a fait l'objet de tant de publicité et, en particulier, de tant de publicité concernant la notoriété de l'accusé, qu'il y a lieu en l'espèce de soumettre les jurés à un interrogatoire avant qu'ils ne soient assermentés.

I am just not persuaded that this is a case where we should go to the extraordinary process of questioning the jurors, and so the application is dismissed.

Of course if there is some specific reason to challenge a jury on the grounds of impartiality or lack of impartiality, or any other reason, I naturally would be prepared to entertain that. . . . [Emphasis added.]

*Court of Appeal* (Huband J.A. for the majority, O'Sullivan J.A. in dissent) (1989), 58 Man. R. (2d) 145

On appeal to the Court of Appeal, the accused alleged a number of errors in the trial judge's charge to the jury. Since this is an appeal as of right, arising out of the dissent on a point of law at the Court of Appeal, none of these issues is relevant here. As stated at the outset, the only issue in this appeal is the propriety of the procedure adopted by the trial judge regarding the accused's request to challenge for cause each prospective juror on the basis of partiality.

The majority of the Court of Appeal considered at length the argument of the accused that the trial judge should have allowed individual questioning of the prospective jurors rather than acceding to the request of the Crown that, in the circumstances of the case, the alleged partiality was properly dealt with through a general admonition by the trial judge. Huband J.A., for the majority, pointed out that the trial judge: (1) did not close the challenge procedure off completely but held that challenges on "proper" grounds could proceed, (2) told all members of the panel that if any of them had formed a steadfast opinion about the guilt or innocence of the accused, they should excuse themselves and, (3) only after this instruction allowed the selection to begin.

In concluding that the accused could not succeed on this ground, the majority relied heavily upon the reasons of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, and this Court's subsequent endorsement of those reasons found at [1977]

Je ne suis tout simplement pas convaincu qu'on devrait en l'espèce avoir recours au processus extraordinaire d'interrogatoire des jurés et la requête visant à le faire est donc rejetée.

Bien sûr, s'il existe une raison particulière de récuser un juré pour cause d'impartialité ou d'absence d'impartialité, ou pour tout autre cause je suis naturellement prêt à la prendre en considération. . . [Je souligne.]

*Cour d'appel* (le juge Huband pour la majorité, le juge O'Sullivan dissident) (1989), 58 Man. R. (2d) 145

En appel devant la Cour d'appel, l'accusé a allégué l'existence d'un certain nombre d'erreurs dans l'exposé du juge du procès au jury. Comme il s'agit d'un pourvoi de plein droit par suite d'une dissidence en Cour d'appel sur un point de droit, aucune de ces questions n'est pertinente aux fins de la présente analyse. Ainsi que je l'ai affirmé au départ, ce pourvoi soulève uniquement la question de la régularité de la procédure suivie par le juge du procès concernant la requête de l'accusé visant à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité.

La majorité de la Cour d'appel a longuement examiné l'argument de l'accusé voulant que le juge du procès eût dû permettre que les candidats jurés soient interrogés individuellement plutôt que de retenir le point de vue du ministère public selon lequel une mise en garde générale de la part du juge du procès était, dans les circonstances, la mesure qui convenait face à la partialité reprochée. Le juge Huband, s'exprimant au nom de la majorité, a fait remarquer que le juge du procès: (1) n'avait pas complètement exclu la récusation, mais avait estimé que des récusations fondées sur des motifs [TRADUCTION] «valables» pourraient avoir lieu, (2) avait dit aux jurés figurant au tableau que tous ceux d'entre eux qui, le cas échéant, s'étaient formé une opinion ferme quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé devaient se récuser, et (3) n'a permis que le processus de sélection commence qu'après avoir donné cette directive.

Pour conclure que ce moyen de l'accusé ne pouvait être retenu, la majorité s'est appuyée fortement sur les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, ainsi que sur l'approbation de ces motifs exprimée ulté-

2 S.C.R. 267. Huband J.A. noted that in *Hubbert, supra*, the Ontario Court of Appeal reasoned that pre-trial publicity should not normally form the basis of a general challenge for cause. At page 150 the majority stated:

Relying upon the *Hubbert* case, the learned trial judge was right in exercising his discretion to refuse challenge for cause on the basis of pre-trial publicity. He was right to refuse to allow challenge on the basis of the other questions contained on the list, since, in the main, these matters were covered by his general remarks. In controlling the process as he did, in my opinion the learned trial judge did not interfere in any way with the right of the accused to a fair trial before an impartial jury.

Huband J.A. went on to discuss the case law subsequent to *Hubbert, supra*. He noted that this Court's reasons in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, might be construed as limiting the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Hubbert, supra*. The majority concluded, however, that *Barrow, supra*, should not be read in this fashion.

O'Sullivan J.A., in dissent, disagreed with the majority's interpretation of this Court's reasons in *Barrow, supra*, and held that the trial judge proceeded improperly in rejecting the general challenge by the accused. He also felt that the majority failed to consider adequately what was said by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Guérin and Pimparé* (1984), 13 C.C.C. (3d) 231. O'Sullivan J.A. quoted extensively from the three opinions rendered in *Guérin and Pimparé, supra*, and concluded that they cast doubt on the propriety of the procedure adopted in the present case. In attempting to reconcile what he felt were the conflicting judgments in *Barrow, supra*, *Guérin and Pimparé, supra*, and *Hubbert, supra*, O'Sullivan J.A. stated, at p. 155:

If the law were left in the state where the Ontario Court of Appeal ruled one way and the Quebec Court of Appeal ruled another, I would have been inclined to follow the Ontario Court of Appeal supported as it is by

rieurement par notre Cour à [1977] 2 R.C.S. 267. Le juge Huband a noté que, dans l'arrêt *Hubbert*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario avait adopté comme raisonnement que la publicité antérieure au procès ne devrait pas normalement servir de fondement à une récusation motivée générale. À la page 150, la majorité affirme:

[TRADUCTION] C'est avec raison que le juge du procès, s'appuyant sur l'arrêt *Hubbert*, a exercé son pouvoir discrétionnaire d'écarter la récusation fondée sur la publicité antérieure au procès. C'est avec raison qu'il a refusé de permettre la récusation fondée sur les autres questions figurant sur la liste, puisque, pour l'essentiel, ces questions avaient été traitées dans ses observations générales. Je crois qu'en contrôlant le processus comme il l'a fait, le juge du procès n'a nullement porté atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable devant un jury impartial.

Le juge Huband a ensuite examiné la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Hubbert*, précité. Il a fait observer que les motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, pourraient s'interpréter comme limitant la portée des motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Hubbert*, précitée. La majorité a cependant conclu que ce n'est pas ainsi qu'il fallait interpréter l'arrêt *Barrow*, précité.

Le juge O'Sullivan, dissident, a exprimé son désaccord avec la majorité quant à l'interprétation à donner aux motifs de notre Cour dans l'arrêt *Barrow*, précité, et il a conclu que le juge du procès avait agi irrégulièrement en rejetant la récusation générale demandée par l'accusé. Il a estimé, en outre, que la majorité n'avait pas tenu suffisamment compte des propos de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305. Le juge O'Sullivan a cité abondamment les trois opinions déposées dans l'affaire *Guérin*, précitée, et a conclu qu'elles soulevaient des doutes quant à la régularité de la procédure adoptée dans la présente instance. En tentant de concilier les jugements, contradictoires d'après lui, dans les affaires *Barrow*, *Guérin* et *Hubbert*, précitées, le juge O'Sullivan dit, à la p. 155:

[TRADUCTION] Si le droit était resté dans l'état où la Cour d'appel de l'Ontario avait statué dans un sens et la Cour d'appel du Québec dans l'autre, j'aurais été porté à suivre la Cour d'appel de l'Ontario, dont l'arrêt est

the remarks of the Supreme Court itself in dismissing the appeal from it. . . .

However, I am confronted with the judgment of Dickson, C.J.C. . . .

It is true that it may be said that what Dickson, C.J.C., said in *Barrow*, supra, is obiter dictum; it is nevertheless entitled to our respect and we should follow the dicta in the absence of some special reason not to do so.

O'Sullivan J.A., in reliance on his interpretation of *Barrow*, supra, concluded that the trial judge was indeed in error in rejecting the requested challenge in this case and would have ordered a new trial.

### Issues

While the appellant sets out three issues arising from the dissent at the Court of Appeal, they all have at their core the proper interpretation and application of the challenge for cause provisions of the *Criminal Code*. Therefore, as I mentioned at the outset, this is the sole issue that will be addressed in these reasons.

### Analysis

#### *The Criminal Code Procedure Regarding the Empanelling of a Jury*

In order to place the issue raised by this case within its proper context, I will examine the *Criminal Code* provisions governing the empanelling of juries. Prior, however, to this discussion I will briefly describe the role of provincial legislation in the area of jury selection.

Jury selection has both federal and provincial aspects. Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament jurisdiction over "The Criminal Law" including "the Procedure in Criminal Matters". Section 92(14) awards to the provinces jurisdiction over "The Administration of Justice in the Province". "Out-of-court" selection, i.e., selection of those individuals who are able to serve as jurors, is typically governed by the provincial Jury Acts. (For a good summary of provincial legislation in this regard see

appuyé par les observations qu'a faites la Cour suprême elle-même en rejetant le pourvoi formé contre celui-ci . . .

Je dois cependant tenir compte des motifs du juge en chef Dickson. . .

Certes, on peut prétendre que ce qu'a dit le juge en chef Dickson dans l'affaire *Barrow*, précitée, est un obiter. Il s'agit, néanmoins, d'une opinion qui mérite notre respect et que nous devons suivre en l'absence d'une raison particulière de ne pas le faire.

S'appuyant sur son interprétation de l'arrêt *Barrow*, précité, le juge O'Sullivan a conclu que c'était bel et bien à tort que le juge du procès avait rejeté la demande de récusation en l'espèce et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

### Les questions en litige

Bien que l'appellant formule trois questions découlant de l'opinion dissidente exprimée en Cour d'appel, elles concernent toutes, au fond, l'interprétation et l'application des dispositions du *Code criminel* relatives à la récusation motivée. Par conséquent, comme je l'ai mentionné au départ, c'est là l'unique question qui sera abordée dans ces motifs.

### Analyse

#### *La procédure de formation de la liste du jury prévue dans le Code criminel*

Afin de situer dans son contexte la question soulevée ici, j'examinerai les dispositions du *Code criminel* régissant la formation de la liste du jury. Avant d'entreprendre cette étude, toutefois, j'exposerai brièvement le rôle de la législation provinciale dans la sélection des jurés.

La sélection des jurés comporte à la fois des aspects fédéraux et des aspects provinciaux. Aux termes du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a compétence relativement au «droit criminel», y compris «la procédure en matière criminelle». Le paragraphe 92(14) attribue aux provinces compétence à l'égard de «l'administration de la justice dans la province». La sélection «pré-judiciaire», c.-à-d. la sélection des personnes aptes à remplir la fonction de juré, relève normalement des lois

Schulman and Myers, "Jury Selection", in *Studies on the Jury*, Law Reform Commission of Canada (1979), at p. 395.) Jurisdictional conflict in this area is avoided through s. 554(1) (now s. 626) of the *Criminal Code* which provides that the jury panel will be selected from lists drawn up according to the relevant provincial legislation.

The "in-court" selection procedure is a matter falling within the jurisdiction of Parliament and is dealt with at length in the *Criminal Code*. This Court has previously considered the respective ability of the provinces and Parliament to legislate in this area in *R. v. Barrow*, *supra*.

In setting out a summary of the *Criminal Code* provisions I have gained a large measure of assistance from the work of Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5th ed.) (See also "The Jury in the Criminal Trial" by Alan Gold in Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*). Immediately after an accused has pleaded to the charge the empanelling of a jury begins. Very simply, if no successful challenge is made to the initial array, the names of the jurors will be drawn at random. As each prospective juror is called, either the accused or the Crown can challenge the juror, either peremptorily or for cause, or the Crown can direct the juror to stand aside. If no successful challenge is made and neither side exercises its ability to reject or stand aside, the juror will be sworn. The form of challenge that we are concerned with here, a challenge to the poll, is a challenge directed against individual jurors. This type of challenge can be either peremptory, without any grounds, or for cause.

Section 562 (now s. 633) of the *Criminal Code* deals with peremptory challenges by an accused. It provides that an accused has a varying number of peremptory challenges depending upon the nature of the sentence that can be imposed. An accused charged with high treason or first degree murder is allowed twenty peremptory challenges. If the offence charged is not caught by the above category but is one for which imprisonment for a term greater than five years is possible, the accused is allowed 12 peremptory challenges. Any accused not falling within

provinciales sur le jury. (Pour un bon résumé de la législation provinciale dans ce domaine, voir Schulman et Myers, «La sélection des jurés», dans *Études sur le jury*, Commission de réforme du droit du Canada (1979), à la p. 443.) Pour parer aux conflits de compétence en la matière, l'art. 554(1) (maintenant l'art. 626) du *Code criminel* dispose que le tableau des jurés est établi à partir de listes dressées en conformité avec la loi provinciale applicable.

Quant au processus de sélection «à l'audience», il relève de la compétence du Parlement et est exposé en détail dans le *Code criminel*. Notre Cour s'est déjà penchée, dans l'arrêt *R. c. Barrow*, précité, sur la compétence respective des provinces et du fédéral pour légiférer dans ce domaine.

L'ouvrage de Salhany, *Canadian Criminal Procedure*, 5<sup>e</sup> éd., m'a été d'une grande assistance pour résumer les dispositions du *Code criminel* (voir aussi «Le jury dans le procès pénal» d'Alan Gold, dans *Procédure pénale au Canada*, Vincent M. Del Buono, éd.). Dès que l'inculpé a enregistré son plaidoyer à l'accusation, la formation de la liste du jury commence. Très simplement, si on ne réussit pas à récuser le premier tableau, les noms des jurés seront tirés au sort. Chaque candidat juré dont le nom est appelé peut être récusé par l'accusé ou par le ministère public, péremptoirement ou pour cause, ou encore le ministère public peut ordonner au juré de se tenir à l'écart. Si on ne parvient pas à le récuser et que ni l'une ni l'autre partie ne se prévaut de la possibilité de le rejeter ou de le mettre à l'écart, le juré est assenti. La forme de récusation dont il est question dans la présente instance est celle visant certains jurés pris individuellement. Elle peut être soit péremptoire et non motivée, soit motivée.

L'article 562 (maintenant l'art. 633) du *Code criminel* traite de récusations péremptoires par l'accusé. Il dispose que le nombre de récusations péremptoires que peut effectuer l'accusé varie en fonction de la nature de la peine pouvant lui être infligée. Ainsi, l'accusé inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré a droit à vingt récusations péremptoires. S'il s'agit d'une infraction qui ne tombe pas dans la catégorie susmentionnée, mais qui peut entraîner un emprisonnement de plus de cinq ans, l'accusé a droit à douze récusations péremptoires.

the two previous categories is allowed four peremptory challenges.

The ability of the Crown to challenge peremptorily or, alternatively, stand aside jurors, is found in s. 563(1) (now s. 634(1)) of the *Code*. While the Crown can only challenge peremptorily four times, it is allowed to stand aside 48 jurors. The ability of the Crown to stand aside jurors is, in some respects, similar to an accused's ability to challenge for cause except that the challenge is postponed until it is determined that a full jury cannot be formed without those asked to stand aside. The right of the Crown to stand aside jurors, though it appears somewhat anomalous in the present legislative scheme, finds its origin in the fact that, at common law, the Crown was given no ability to challenge peremptorily. (The Law Reform Commission of Canada in *The Jury in Criminal Trials*, Working Paper 27 (1980), recommended the abolition of "stand-asides", to be replaced with peremptory challenges in the same number as is allowed the accused in any given case.)

Section 563(3) (now s. 634(3)) of the *Code* provides that the accused must determine whether he or she will challenge a juror for cause or otherwise before the Crown can be called upon to make a decision as regards the particular juror.

As far as challenges for cause are concerned, both the accused and the Crown have a theoretically unlimited ability to challenge for cause. Section 567(1) (now s. 638(1)) sets out the exclusive grounds upon which a challenge for cause can be made. Under s. 569 (now s. 640) the trial of the truth of the challenge for cause is heard by the last two jurors sworn. If no jurors have yet been sworn, then two prospective jurors are appointed by the Court to hear and decide the challenge. If these triers decide that the challenge is valid, the juror will not be sworn. If, however, they find that the challenge is groundless, the juror must be sworn unless either side decides to exercise a peremptory challenge or stand aside. The

L'accusé inculpé d'une infraction qui ne tombe dans ni l'une ni l'autre des deux catégories qui précèdent a droit à quatre récusations péremptoires.

<sup>a</sup> C'est le par. 563(1) (maintenant le par. 634(1)) du *Code* qui habilite le ministère public à récuser péremptoirement les jurés ou, subsidiairement, à les mettre à l'écart. Quoique le ministère public n'ait droit qu'à quatre récusations péremptoires, il peut mettre 48 jurés à l'écart. La capacité du ministère public de mettre des jurés à l'écart correspond, sous certains aspects, à celle de l'accusé de récuser pour cause, sauf que la récusation est reportée jusqu'à ce qu'il soit déterminé qu'il est impossible de former un jury complet sans avoir recours aux jurés auxquels on a demandé de se tenir à l'écart. Bien qu'il semble constituer une certaine anomalie dans le régime législatif actuel, le droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart tire son origine du fait qu'en common law le ministère public n'avait aucun pouvoir de récusation péremptoire. (Dans *Le jury en droit pénal*, document de travail 27 (1980), la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé l'abolition des «mises à l'écart» et leur remplacement par le même nombre de récusations péremptoires que celui auquel a droit l'accusé dans un cas donné.)

<sup>f</sup> Suivant le par. 563(3) (maintenant le par. 634(3)) du *Code*, l'accusé doit décider s'il va récuser un juré péremptoirement ou pour cause avant qu'on ne puisse demander au ministère public de prendre une décision concernant le juré en question.

<sup>h</sup> Théoriquement, aucune restriction n'est imposée au pouvoir de l'accusé ou du ministère public d'effectuer des récusations motivées. Les seuls motifs pour lesquels une récusation motivée peut être effectuée se trouvent énumérés au par. 567(1) (maintenant le par. 638(1)). Aux termes de l'art. 569 (maintenant l'art. 640), ce sont les deux derniers jurés assermentés qui vérifient le bien-fondé de la récusation motivée. Si aucun juré n'a encore été assermenté, le tribunal nomme alors deux candidats jurés pour entendre la récusation et rendre une décision à ce sujet. Si ces vérificateurs jugent la récusation fondée, le juré n'est pas assermenté. Si, par contre, ils la jugent non fondée, le juré doit être assermenté, à



decision of the triers is final and no appeal lies therefrom.

This, in brief, is the larger context within which a challenge for cause can arise. This context and the proper interpretation of the text of the legislation governing the empanelling procedure are important in a resolution of the question before this Court. The bare words of the provisions provide little guidance, however, without an examination of the history and principles underlying them.

### *The Evolution of the Modern Jury*

A brief overview of the evolution of the jury serves to bring into sharp relief the important functions that juries serve. These functions and the principles that inform them play a crucial role in the consideration of the issue presently before this Court.

While the exact origin of the jury, as we now know it, is difficult to trace, it is commonly believed that most early societies possessed some sort of adjudicative structure similar in form and purpose to that which serves our system today. Moore, in a comprehensive examination of the history of the jury, *The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty*, records the use of jury-like bodies as early as the time of Solon in the 7th and 6th centuries B.C. The most democratic of these early institutions were the Athenian general assemblies. The forebearer of our modern jury, however, is widely thought to be the Frankish *inquisitio* whereby local men, with knowledge of the matter in dispute, swore to tell the truth upon a question put to them by the judge. Only matters in which the Crown had an interest were resolved in this fashion. Subsequent English influence moulded this Crown-controlled instrument into what it is today. Moore, *supra*, summarizes this later history, at p. 14:

The *inquisitio* of the Franks had its accusatory aspects (which anticipated our modern grand jury) and its civil aspects, which was a mode of proof by inquisition or interrogation. The next step in the evolution of the trial

moins que l'une ou l'autre partie ne décide de recourir à la récusation péremptoire ou à la mise à l'écart. La décision des vérificateurs est finale et sans appel.

Voilà, en bref, le contexte général dans lequel s'inscrit une récusation motivée. Ce contexte, et l'interprétation qu'il convient de donner au texte législatif régissant le processus de formation de la liste du jury, sont importants pour la résolution de la question dont nous sommes saisis. Le simple texte des dispositions ne nous est cependant que de peu de secours si nous n'examinons pas leur historique et les principes qui les sous-tendent.

### *L'évolution du jury moderne*

Un bref aperçu de l'évolution du jury fait ressortir nettement l'importance des fonctions qu'il remplit. Ces fonctions et les principes qui les sous-tendent jouent un rôle vital dans l'examen de la question dont notre Cour est présentement saisie.

Bien que les origines précises du jury tel que nous le connaissons aujourd'hui soient difficiles à retracer, on estime généralement que la plupart des sociétés primitives possédaient une structure juridictionnelle quelconque qui ressemblait, de par sa forme et son objet, à celle de notre système moderne. Moore, dans une étude fouillée de l'histoire du jury intitulée *The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty*, constate l'existence d'organismes analogues au jury déjà à l'époque de Solon, soit aux VII<sup>e</sup> et VI<sup>e</sup> siècles avant Jésus-Christ. Parmi ces institutions primitives, les plus démocratiques étaient les assemblées générales athéniennes. Toutefois, on croit généralement, que le précurseur de notre jury moderne fut l'*inquisitio* des Francs, système où des hommes de l'endroit, ayant connaissance de l'affaire litigieuse, juraient de dire la vérité en réponse à une question que leur posait le juge. Seules se résolvaient de cette manière les affaires dans lesquelles la Couronne avait un intérêt. Sous l'influence anglaise, cet instrument contrôlé par la Couronne a évolué pour prendre la forme qu'on lui connaît aujourd'hui. À la page 14, Moore, *op. cit.*, résume cette évolution subséquente:

[TRADUCTION] L'*inquisitio* des Francs présentait des aspects accusatoires (préfigurant en cela le grand jury moderne) et des aspects civils, savoir la preuve par enquête ou par interrogatoire. L'évolution du jury d'ins-

jury was the Anglo-Norman jury of proof. The jurors themselves were the witnesses and they were the mode of proof. . . . The final step in the jury's development was the judgment jury which came into being in England in the fourteenth century. In this last step, the jury, instead of being a mode of proof, chose between the proofs or evidence offered by the parties.

Interestingly, early juries were chosen for their knowledge of the issue whereas, at present, such knowledge and the pre-judgment that may accompany it might very well lead to disqualification. However, as the function of the jury evolved and its domain narrowed, principles not unlike those underlying our challenge procedure evolved. (See Moore, *supra*, at p. 56; Baker, *An Introduction to English Legal History*, at pp. 64-66; Schulman and Myers, *supra*, at p. 423, and Devlin, *Trial by Jury*, at p. 67).

Moore informs us that much of what constitutes our present procedure in challenging prospective jurors and the grounds upon which such challenges could take place developed in the 16th and 17th centuries in England. Thus, the number of challenges, the types of challenge allocated to each party and the grounds upon which such challenges could be based were formalized early in the modern development of the jury. (See also Schulman and Myers, *supra*, at pp. 425-28.)

Importantly, the development of the institution known as the jury and the process through which it came to be selected was neither fortuitous nor arbitrary but proceeded upon the strength of a certain vision of the role that that body should play. Most of the early rationales for the use of the jury are as compelling today as they were centuries ago while other, more modern, rationales have developed. The Law Reform Commission of Canada in its 1980 Working Paper, *The Jury in Criminal Trials*, sets out numerous rationales for the past and continued existence of the jury. The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppres-

trusion est passée ensuite par l'étape du jury de preuve anglo-normand. Les jurés eux-mêmes étaient les témoins et constituaient en même temps le mode de preuve [. . .] La dernière étape dans l'évolution du jury a été le jury de jugement instauré en Angleterre au XIV<sup>e</sup> siècle. À cette dernière étape, le jury, au lieu de constituer un mode de preuve, faisait un choix parmi les éléments de preuve présentés par les parties.

Il est intéressant de noter qu'au début les jurés étaient choisis à cause de la connaissance qu'ils avaient de l'objet du litige alors qu'à l'heure actuelle une telle connaissance et le parti pris qu'elle risque d'engendrer pourraient bien mener leur récusation. Toutefois, parallèlement à l'évolution du rôle du jury et au rétrécissement du champ de son activité, ont évolué des principes analogues à ceux qui sous-tendent notre procédure de récusation (voir Moore, *op. cit.*, à la p. 56, Baker, *An Introduction to English Legal History*, aux pp. 64 à 66, Schulman et Myers, *op. cit.*, à la p. 474, et Devlin, *Trial by Jury*, à la p. 67).

Moore nous apprend que la procédure actuelle de récusation de candidats jurés ainsi que les motifs pour lesquels pareille récusation peut avoir lieu ont été élaborés en grande partie en Angleterre aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. Le nombre de récusations, les types de récusation permis à chaque partie et les motifs sur lesquels pouvaient se fonder ces récusations ont été fixés vers le début de l'évolution moderne du jury (voir aussi Schulman et Myers, *op. cit.*, aux pp. 476 à 479).

Fait important, l'évolution de l'institution qu'est le jury et du processus de sélection de jurés n'avait rien de fortuit ni d'arbitraire, mais tenait à la force d'une certaine vision du rôle que cette institution devrait jouer. La plupart des raisons avancées autrefois pour justifier le recours au jury se révèlent tout aussi impérieuses aujourd'hui qu'elles ont pu l'être il y a des siècles, tandis que d'autres justifications, plus modernes celles-là, ont vu le jour. Dans son document de travail de 1980 intitulé *Le jury en droit pénal*, la Commission de réforme du droit du Canada énonce de nombreuses justifications de l'existence passée et présente du jury. Le jury, en raison du caractère collectif de ses décisions, s'avère un excellent juge des faits. Sa représentativité en fait la cons-

sive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole.

These rationales or functions of the jury continue to inform the development of the jury and our interpretation of legislation governing the selection of individual jurors. The modern jury was not meant to be a tool in the hands of either the Crown or the accused and indoctrinated as such through the challenge procedure, but rather was envisioned as a representative cross-section of society, honestly and fairly chosen. Any other vision may run counter to the very rationales underlying the existence of such a body. As Moore, *supra*, comments, it is only recently that any real representation of society by juries has been achieved in most Western nations. He describes the American experience in these words at p. 231:

In 1791, a party to a civil or a criminal case was entitled to a 12 member, male, white, unanimous jury.

Increasingly, however, many countries have since repealed property, sex and race qualifications for jurors and have legislated other expansions in the number of citizens eligible for jury duty. (For the English legislative experience see the Morris Committee, *Report of the Departmental Committee on Jury Service*, Command Paper No. 2627; see also Blake, "The Case for the Jury", in Findlay and Duff, eds., *The Jury Under Attack*, at p. 142.) These later developments only serve to underscore the previously articulated rationales for the existence of the jury.

The importance of the jury in our system of criminal justice past and present is eloquently described by Blackstone in his *Commentaries*, Book 4, at p. 1735:

So that the liberties of England cannot but subsist so long as this *palladium* remains sacred and inviolate; not only from all open attacks, (which none will be so hardy as to make,) but also from all secret machinations which

science de la collectivité. De plus, le jury peut servir de dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application. Il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle et, grâce à la participation du public, le jury accroît la confiance de la société dans l'ensemble du système.

Ces justifications ou fonctions continuent à soutenir l'évolution du jury ainsi que notre interprétation de la législation régissant la sélection des jurés. Le jury moderne n'était pas destiné à servir d'outil au ministère public ou à l'accusé, ni à être endoctriné à cette fin au moyen de la procédure de récusation. On le concevait plutôt comme un échantillon représentatif de la société, constitué honnêtement et équitablement. Toute autre vision risque d'aller à l'encontre des motifs mêmes de l'existence d'une telle institution. Comme le fait remarquer Moore, *op. cit.*, ce n'est que récemment que la plupart des pays occidentaux sont parvenus au stade où le jury représente réellement la société. Voici ce qu'il dit de l'expérience américaine, à la p. 231:

[TRADUCTION] En 1791, une partie à un litige criminel ou civil avait droit à un jury unanime composé de douze hommes de race blanche.

De plus en plus, toutefois, un grand nombre de pays ont, depuis lors, aboli les exigences en matière de propriété, de sexe et de race applicables aux jurés, et ont légiféré pour augmenter d'autres façons le nombre de citoyens aptes à servir de juré. (En ce qui concerne la législation anglaise, voir comité Morris, *Report of the Departmental Committee on Jury Service*, Command Paper No. 2627; voir aussi Blake, «The Case for the Jury», dans *The Jury Under Attack*, Findlay et Duff, éd., à la p. 142). Cette évolution récente ne fait que souligner les raisons avancées antérieurement pour justifier l'existence du jury.

L'importance du jury dans notre système de justice criminelle, aussi bien dans le passé qu'à l'époque actuelle, est éloquemment décrite par Blackstone dans *Commentaries*, livre 4, à la page 1735:

[TRADUCTION] Les libertés de l'Angleterre ne pourront donc subsister que dans la mesure où ce *palladium* demeurera sacré et inviolé, à l'abri non seulement de toute attaque ouverte (à laquelle nul n'aura la témérité

may sap and undermine it; by introducing new and arbitrary methods of trial. . . And, however *convenient* these may appear at first, (as doubtless all arbitrary powers, well executed, are the most *convenient*.) yet let it be again remembered that delays and little inconveniences in the forms of justice are the price that all free nations must pay for their liberty in more substantial matters; that these inroads upon this sacred bulwark of the nation are fundamentally opposite to the spirit of our constitution . . . [Footnotes omitted.]

Section 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* enshrines the right to trial by jury with these words:

11. Any person charged with an offence has the right

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

The perceived importance of the jury and the *Charter* right to jury trial is meaningless without some guarantee that it will perform its duties impartially and represent, as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community. Indeed, without the two characteristics of impartiality and representativeness, a jury would be unable to perform properly many of the functions that make its existence desirable in the first place. Provincial legislation guarantees representativeness, at least in the initial array. The random selection process, coupled with the sources from which this selection is made, ensures the representativeness of Canadian criminal juries. (See the provincial Jury Acts.) Thus, little if any objection can be made regarding this crucial characteristic of juries. Schulman and Myers, *supra*, make this clear at p. 408 of their discussion:

Jury qualification requirements in Canadian provinces are considerably different than those in the United States

de se livrer), mais aussi de toute machination susceptible de le saper et de le miner par l'introduction de modalités d'instruction nouvelles et arbitraires [. . . ] Et pour *commodes* qu'ils puissent paraître à prime abord (car il ne fait aucun doute que les pouvoirs les plus *commodes* sont toujours les pouvoirs arbitraires, efficacement exercés), rappelons-nous encore une fois que des retards et de légers inconvénients dans les formes de justice représentent le prix que toutes les nations libres doivent payer pour assurer leur liberté dans des domaines les plus importants, que ces assauts contre ce rempart sacré de la nation sont diamétralement opposés à l'esprit de notre constitution . . . [Notes en bas de page omises.]

L'alinéa 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre dans les termes suivants le droit à un procès avec jury:

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

L'importance perçue du jury et du droit, conféré par la *Charte*, à un procès avec jury n'est qu'illusoire en l'absence d'une garantie quelconque que le jury va remplir ses fonctions impartialement et représenter, dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, l'ensemble de la collectivité. De fait, sans les deux caractéristiques de l'impartialité et de la représentativité, un jury se verrait dans l'impossibilité de remplir convenablement un bon nombre des fonctions qui rendent son existence souhaitable au départ. La représentativité est garantie par la législation provinciale, du moins dans le cas du tableau initial. Le processus de sélection au hasard, conjugué aux sources à partir desquelles s'effectue cette sélection, assure la représentativité du jury criminel canadien (voir les lois provinciales sur le jury). Il y a donc peu, s'il en est, d'objections à formuler au sujet de cette caractéristique cruciale du jury. C'est ce que font ressortir clairement Schulman et Myers, *op. cit.*, à la p. 456 de leur étude:

Les conditions exigées par les provinces canadiennes pour faire partie d'un jury ne sont pas du tout les mêmes

or England. The American Bar Association standards for trial by jury, as recommended by the Advisory Committee on the Criminal Trial, say that—"The names of those persons who may be called for jury service should be selected at random from sources which will furnish a representative cross-section of the community." Canadian laws by and large have long met the standard. [Footnotes omitted, emphasis added.]

However, the "in-court" selection procedure, set out in the *Criminal Code*, can impact on the representativeness of the jury in some situations. The impartiality of the jury is controlled in the main through the *Criminal Code* procedure. Section 11(d) of the *Charter* further buttresses the requirement of impartiality:

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;

In order, then, to be meaningful, the application of the *Criminal Code* provisions must be informed by these larger expressions of principle.

Prior to applying these principles to the case before us, it is necessary to discuss previous Canadian case law. In so doing, owing to the nature of a partiality allegation, the facts of each case will be significant.

#### *Canadian Case Law*

The pivotal and most recent decisions in this area are *R. v. Hubbert*, *supra*, *R. v. Guérin and Pimparé*, *supra*, and *R. v. Barrow*, *supra*. I will, therefore, focus on these cases and discuss them at length, given, in particular, the confusion which may exist in their interpretation, as evidenced by the dissent in the Court of Appeal in the present case.

In *Hubbert*, *supra*, counsel for the accused wished to challenge each juror for cause alleging that the prospective jurors were not "indifferent". Counsel wanted to ask each prospective juror whether the knowledge that the accused had previously been

qu'aux États-Unis ou en Angleterre. La règle adoptée par le barreau américain pour les procès avec jury, sur recommandation du comité consultatif des procès au criminel, stipule: «Les noms des personnes pouvant être appelées à former un jury doivent être tirés au hasard à partir de différents groupes sociaux, de façon qu'elles soient représentatives de la population.» Dans l'ensemble, les lois canadiennes respectent depuis longtemps cette règle. [Références omises; je souligne.]

La procédure de sélection de jurés «à l'audience», énoncée au *Code criminel*, peut, néanmoins, influencer sur la représentativité du jury dans certaines situations. L'impartialité du jury est assurée principalement au moyen de la procédure exposée dans le *Code criminel*. L'exigence d'impartialité est renforcée par l'al. 11d) de la *Charte*:

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

L'application des dispositions du *Code criminel* n'a donc de sens que si elle se fait en fonction de ces énoncés de principe généraux.

Avant d'appliquer ces principes à la présente instance, il y a lieu d'analyser la jurisprudence canadienne pertinente. Étant donné la nature d'une allégation de partialité, les faits de chaque affaire vont s'avérer importants dans cette analyse.

#### *La jurisprudence canadienne*

Les décisions capitales et les plus récentes dans ce domaine sont *R. c. Hubbert*, *R. v. Guérin and Pimparé* et *R. c. Barrow*, précitées. Je vais donc mettre l'accent sur ces causes et en discuter au long, compte tenu, notamment, de la confusion qui semble régner quant à leur interprétation, comme en témoigne la dissidence en Cour d'appel dans la présente instance.

Dans l'affaire *Hubbert*, précitée, l'avocat de l'accusé souhaitait récuser tous les candidats jurés pour le motif qu'ils n'étaient pas «impartiaux». Il désirait demander à chaque candidat juré si la connaissance du fait que l'accusé avait déjà été interné dans un

incarcerated at a hospital for the “criminally insane” would prejudice them towards the accused. In order to explain some of his conduct, the accused needed to make his prior incarceration known during testimony at trial. The trial judge rejected the application for reasons not relevant to our discussion here. Rather, it is the procedure and principles set out by the Court of Appeal that are pertinent, as they form the basis for much of what has been said subsequently by Canadian courts.

The Court of Appeal begins by setting out a number of principles governing trial by jury and factors that need to be balanced when considering challenges for cause. First, every accused person is entitled to an impartial jury. Secondly, a juror must be presumed to perform his/her duties in accordance with the oath sworn. Finally, the trial judge has a “wide discretion” and must be in a position to control the challenge procedure.

In the exercise of such discretion as regards challenges for cause based on pre-trial publicity, the Court states that, except in extreme cases, mere dissemination by the media of the facts of the case is not normally sufficient to ground a challenge for cause.

As far as procedure is concerned, the Court of Appeal discusses a trial judge’s ability to “pre-screen” prospective jurors for “obvious partiality”. Importantly, it limits this threshold procedure to cases involving noncontroversial situations of partiality. Regarding the proper form of a challenge for cause, the Court holds that counsel must communicate a reason to the trial judge outside of the mere words of s. 567(1)(b) (now s. 638(1)(b)). Without this, it would not be possible for the trial judge to direct the trial of the truth of the challenge. If the reason offered appears “far-fetched”, the trial judge can require further elaboration. If the trial judge is satisfied that there is some “foundation” to the challenge, then the trial of the truth proceeds. The questioning of the prospective juror must be relevant. This is another reason why the trial judge must be given an adequate explanation for the challenge outside of the

hôpital pour «criminels aliénés» le préviendrait contre ce dernier. Pour expliquer certains de ses actes, il fallait que l’accusé, en témoignant à son procès, révèle cet internement. Le juge du procès a rejeté la requête pour des motifs non pertinents à la présente analyse. Ce qui est pertinent plutôt, c’est la procédure et les principes énoncés par la Cour d’appel, car ils forment la base d’une bonne partie de ce qu’ont dit les tribunaux canadiens par la suite.

La Cour d’appel commence par énoncer un certain nombre de principes applicables aux procès avec jury et de facteurs à prendre en considération dans l’examen de récusations motivées. D’abord, [TRADUCTION] «tout inculpé a droit à un jury impartial». Ensuite, un juré doit être présumé remplir ses fonctions en conformité avec le serment qu’il a prêté. Finalement, le juge du procès détient un [TRADUCTION] «large pouvoir discrétionnaire» et doit être en mesure de contrôler la procédure de récusation.

La cour dit que, mis à part les situations extrêmes, quand on exerce ce pouvoir discrétionnaire dans le cas de récusations motivées par la publicité antérieure au procès, la simple diffusion des faits de l’affaire par les médias ne suffit pas normalement à justifier une récusation motivée.

En ce qui concerne la procédure, la Cour d’appel traite de la compétence du juge du procès pour faire une [TRADUCTION] «présélection» des candidats jurés afin de déterminer s’ils manifestent une [TRADUCTION] «partialité évidente». La cour, il importe de le souligner, limite le recours à cette procédure préliminaire aux cas de partialité qui ne soulèvent aucune controverse. Pour ce qui est de la forme que doit prendre une récusation motivée, la cour estime que l’avocat doit communiquer au juge du procès un motif qui ne s’en tient pas au simple texte de l’al. 567(1)(b) (maintenant l’al. 638(1)(b)). Sinon, il serait impossible au juge du procès d’ordonner la vérification du bien-fondé de la récusation. Si la raison invoquée paraît [TRADUCTION] «tirée par les cheveux», le juge du procès peut exiger des précisions. S’il est convaincu que la récusation a un [TRADUCTION] «certain fondement», on procède alors à la vérification du bien-fondé. Les questions posées au candidat juré doivent être pertinentes. Voilà donc une

mere words of the section. Questioning in this phase should not become a "fishing expedition".

Based upon its comprehensive discussion, the Court of Appeal dismissed the accused's appeal, holding that what counsel was attempting to do in that case came closer to securing a favourable jury than an impartial one. Further, prospective jurors' reactions to various pieces of evidence that may be elicited at trial are not the proper subject of the challenge for cause procedure. Impartiality is a state of mind to be tested at the time of the swearing in of each juror.

In dismissing the accused's appeal and affirming the reasons of the Court of Appeal, this Court simply stated at p. 267 that:

We agree with the Court of Appeal that the way in which and the grounds on which the trial judge exercised his discretion in respect of the attempt of counsel for the accused to challenge for cause is not open to objection. . . .

We would add that in our opinion the procedure outlined by the Court of Appeal for dealing with challenges for cause provides a useful guide for trial judges called on to deal with such challenges. [Emphasis added.]

This Court's subsequent decision in *Barrow, supra*, concerned the examination by the trial judge of the jury panel in the absence of the accused and his counsel. The accused argued that this conduct vitiated the subsequent trial. While the issue is not on all fours with the one facing the Court here, there occurs within the majority reasons of Dickson C.J. an important discussion of *Hubbert, supra*, and the challenge for cause procedure.

In *Barrow, supra*, the Crown relied on the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Hubbert, supra*, as justification for the conduct of the trial judge. Dick-

autre raison pour laquelle on doit donner au juge du procès une explication suffisante de la récusation qui ne se limite pas à reprendre les simples termes de la disposition applicable. Il ne faudrait pas à ce stade-ci que l'interrogatoire devienne une «expédition de pêche».

Se fondant sur son analyse d'ensemble, la Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé et a conclu que ce que tentait alors de faire l'avocat ressemblait davantage à la constitution d'un jury favorable qu'à celle d'un jury impartial. En outre, les réactions du candidat juré à différents éléments de preuve susceptibles d'être présentés au procès ne constituent pas l'objet légitime de la procédure de récusation motivée. L'impartialité est un état d'esprit à vérifier au moment où le juré prête serment.

En rejetant le pourvoi de l'accusé et en confirmant les motifs de la Cour d'appel, notre Cour a simplement affirmé, à la p. 267:

Nous partageons l'avis de la Cour d'appel selon laquelle la manière dont le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire et les motifs qu'il a invoqués pour ce faire, à l'égard des récusations motivées que l'avocat de l'accusé a essayé d'obtenir, sont à l'abri de toute objection . . .

Nous tenons à ajouter qu'à nos yeux, les principes énoncés par la Cour d'appel sur les récusations motivées constituent des indications utiles pour les juges de première instance appelés à se prononcer sur de telles récusations. [Je souligne.]

L'arrêt subséquent de notre Cour, l'affaire *Barrow*, précitée, concerne l'interrogatoire des membres du tableau des jurés mené par le juge du procès en l'absence de l'accusé et de son avocat. L'accusé a fait valoir que cette conduite entachait de nullité le procès qui s'en est suivi. Bien que la question en litige dans cette affaire ne soit pas en tous points identique à celle dont nous sommes saisis en l'espèce, le juge Dickson, alors Juge en chef, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, se livre à une importante analyse de l'affaire *Hubbert*, précitée, et de la procédure de récusation motivée.

Dans l'affaire *Barrow*, précitée, le ministère public invoquait les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Hubbert*, précitée, comme justification

son C.J., writing for the majority, rejected this argument on two grounds. First, the pre-screening procedure set out in *Hubbert, supra*, is done in the presence of the accused. Second, and more importantly for our purposes, at pp. 709-10:

... an initial question by the judge to the jury array is best seen as a summary procedure to speed up the jury selection, done with the consent of the parties. This was the view of the majority of the Quebec Court of Appeal in *Guérin v. R.* [citation omitted]. Both Bisson J.A. (at p. 246) and Jacques J.A. (at pp. 248-49) make the point that when counsel agree to initial questions by the judge there is no violation of the *Code* procedure.

Within his discussion of the Nova Scotia *Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, applicable in that case, and the respective competence of the provinces and Parliament to legislate in this area, Dickson C.J. makes a number of strong statements regarding challenges for cause on the ground of "non-indifference". At page 714 he states that the trier of partiality is not the judge but two potential or previously selected jurors. Further:

Any addition to this process from another source would upset the balance of the carefully defined jury selection process. This is especially the case of any attempt to add to the powers of the judge. . . . The judge's role is to supervise trials of partiality, not to decide them.

According to the majority, error of this kind in the selection process is so severe that the only remedy is a new trial.

The Ontario Court of Appeal had a recent notable occasion, subsequent to *Hubbert, supra*, to consider the proper use of the challenge for cause procedure, namely in *R. v. Zundel (No. 1)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (leave to appeal to this Court refused [1987] 1 S.C.R. xii). The facts of this case being so notorious, I will not summarize them here. Suffice it to say that counsel for the accused wished to challenge each

de la conduite du juge du procès. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, rejetait cet argument pour deux motifs. D'abord, la procédure de présélection énoncée dans l'affaire *Hubbert*, précitée, a eu lieu en présence de l'accusé. Ensuite, et ce qui est plus important pour nos fins, il dit, aux pp. 709 et 710:

... il vaut mieux voir dans la question initiale posée par le juge aux membres du tableau des jurés une procédure sommaire visant à accélérer la formation du jury et à laquelle on a recouru (*sic*) avec le consentement des parties. C'est là l'opinion que la Cour d'appel du Québec à la majorité a adoptée dans l'arrêt *Guérin c. R.*, [référence supprimée]. Tant le juge Bisson (à la p. 312) que le juge Jacques (à la p. 314) font ressortir que lorsque les avocats acceptent que le juge pose ces questions préliminaires, il n'y a pas de violation de la procédure prévue par le *Code*.

Dans le cadre de sa discussion du *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1969, ch. 12, qui était la loi applicable dans cette affaire, ainsi que de la compétence respective des provinces et du Parlement pour légiférer dans ce domaine, le juge en chef Dickson fait un certain nombre d'affirmations catégoriques concernant les récusations motivées pour «absence d'impartialité». À la page 714, il affirme que ce n'est pas le juge mais bien deux jurés, candidats ou déjà choisis, qui vérifient s'il y a partialité. Il ajoute:

Toute addition à cette procédure provenant d'une autre source perturberait l'équilibre du processus soigneusement défini de sélection du jury. C'est particulièrement le cas de toute tentative d'accroître les pouvoirs du juge. [ . . . ] Le rôle du juge consiste à superviser les vérifications d'impartialité et non à les trancher.

D'après la majorité, la gravité d'une erreur de ce genre dans le processus de sélection est telle qu'il n'y a pas d'autre redressement que la tenue d'un nouveau procès.

La Cour d'appel de l'Ontario a eu récemment, depuis l'arrêt *Hubbert*, précité, une occasion remarquable de se pencher sur l'utilisation appropriée de la procédure de récusation motivée. Cette occasion lui a été fournie par l'affaire *R. v. Zundel (No. 1)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée [1987] 1 R.C.S. xii). Vu la notoriété des faits de cette affaire, je ne les résumerai pas



prospective juror for cause based upon the massive pre-trial publicity. Instead of allowing the challenge for cause to proceed the trial judge asked the jury array, among other things, whether they had formed a preliminary opinion as to the guilt or innocence of the accused and asked them to disqualify themselves on this basis.

The Court of Appeal held that the real question, in a case involving pre-trial publicity, was whether it "could potentially have the effect of destroying the prospective juror's indifference between the Crown and the accused." The Court noted that much of the trial judge's reluctance to allow the questioning of jurors stemmed from the fact that the questions, in large measure, went to the religious and political beliefs of the jurors. However, instead of rejecting the challenge, the trial judge, according to the Court, should have required counsel for the accused to reword the questions. The Court of Appeal concluded in this fashion, at pp. 134-35:

There is a denial of a fundamental right to a fair and proper trial where the accused is not allowed to challenge any number of jurors for cause, when the grounds of challenge are properly specified. . . . [C]ounsel was entitled to determine whether any potential juror was, by reason of the pretrial publicity and the notoriety of the appellant, sufficiently impartial. . . .

A trial judge cannot, in the exercise of a discretion which he undoubtedly possesses in the area of admitting grounds of challenge for cause and settling the questions, effectively curtail the statutory right to challenge for cause.

The warning later given by the trial judge, requesting that individual members of the panel disqualify themselves under certain circumstances, was insufficient to correct the erroneous denial of the statutory right of challenge for cause. The issue of impartiality or indifference is one that Parliament has entrusted to the two triers, not to the conscience of the individual prospective juror.

The last case I will discuss at any length is that of *Guérin and Pimparé*, *supra*, a case that received favourable mention by this Court in *Barrow*, *supra*. The two accused in the case had allegedly committed

ici. Qu'il suffise de dire que l'avocat de l'accusé désirait récuser chaque candidat juré en raison de la publicité massive qui avait entouré l'affaire antérieurement au procès. Au lieu de permettre les récusations motivées, le juge du procès a demandé aux membres du tableau des jurés notamment s'ils s'étaient formé une opinion préliminaire quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé et il leur a demandé de se récuser si tel était le cas.

La Cour d'appel a estimé que la véritable question dans une affaire mettant en cause la publicité antérieure au procès était de savoir si elle [TRADUCTION] «risquerait de détruire l'impartialité du candidat juré entre le ministère public et l'accusé». La cour a constaté que la réticence du juge du procès à permettre l'interrogatoire des jurés procédait en grande partie de ce que les questions concernaient, dans une large mesure, leurs croyances religieuses et politiques. Toutefois, selon la cour, au lieu de refuser la récusation, le juge du procès aurait dû exiger que l'avocat de l'accusé reformule les questions. La Cour d'appel a conclu, aux pp. 134 et 135:

[TRADUCTION] Il y a négation du droit fondamental à un procès équitable et régulier chaque fois qu'on ne permet pas à l'accusé de récuser pour cause n'importe quel nombre de jurés lorsque les motifs de la récusation sont bien précisés [ . . . ] [L]'avocat avait le droit de déterminer si un candidat juré était, en dépit de la publicité antérieure au procès et de la notoriété de l'appellant, suffisamment impartial . . .

Le juge du procès ne saurait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il a incontestablement de décider s'il y a lieu de retenir les motifs de récusation avancés et de régler les questions posées, restreindre en fait le droit de récusation motivée prévue par la loi.

La mise en garde qu'a faite le juge du procès par la suite, en demandant aux membres individuels du tableau des jurés de se récuser dans certaines circonstances, ne suffisait pas pour corriger la négation erronée du droit de récusation motivée, conféré par la loi. C'est aux deux vérificateurs, et non pas à la conscience du candidat juré, que le législateur fédéral a confié la question de l'impartialité.

L'affaire *Guérin*, précitée, est la dernière sur laquelle je m'attarderai. Il s'agit d'un arrêt que notre Cour a mentionné avec approbation dans l'arrêt *Barrow*, précité. On reprochait aux deux accusés, dans

a double murder that was the subject of massive media speculation and community outrage. Bisson J.A., now Chief Justice, noted that “[TRANSLATION] this tragedy horrified the Montreal community, and that, in large measure, the events, which were widely publicized by the media, were . . . still fresh in the minds of a good number of the citizens” (at p. 241). The trial judge refused the application of counsel to challenge each prospective juror for cause on the basis of the pre-trial publicity. Instead, the trial judge, in essence, took over the procedure and asked each juror questions suggested by counsel. The trial judge then decided whether the individual juror was or was not impartial.

All three members of the Court of Appeal delivered reasons. In discussing the *Hubbert*, *supra*, pre-screening procedure, Bisson J.A. commented that such a procedure cannot entail the judicial takeover of a process granted to two triers under the *Criminal Code*. Further, the words used in *Hubbert*, *supra*, regarding pre-screening by the trial judge, indicate that such a procedure is only appropriate for “obvious” cases of partiality. This power in the trial judge does not extend his/her ability to decide questions of partiality. If the challenge for cause is baseless, the trial judge can reject it. Bisson J.A. further stated, at p. 246:

[TRANSLATION] Certainly, the practice whereby the judge may ask the prospective juror several preliminary questions is commendable. However, it must not systematically remove all possibility of challenge for cause. [Emphasis added.]

He allowed the appeal, at p. 246 on the basis that there was a [TRANSLATION] “fundamental defect in the constitution of the tribunal which must judge the crimes charged. . . .”

Jacques J.A. agreed with Bisson J.A. but added some of his own thoughts regarding the “Hubbert” pre-screening procedure. He made the point that this procedure arose to meet obvious cases of partiality

cette affaire, la perpétration d’un double meurtre qui avait fait l’objet de conjectures massives dans les médias et qui avait provoqué l’indignation de la collectivité. Le juge Bisson de la Cour d’appel, maintenant Juge en chef, a indiqué que «cette tragédie avait horrifié la population montréalaise et que, dans une bonne mesure, les événements, largement diffusés par les médias étaient [. . .] encore présents dans la mémoire d’un bon nombre de citoyens» (à la p. 309). Le juge du procès a rejeté la requête de l’avocat visant à récuser chaque candidat juré en raison de la publicité antérieure au procès. Ce qu’a fait le juge du procès en somme, c’est plutôt de prendre en charge lui-même la procédure en posant à chaque juré les questions proposées par l’avocat, après quoi il décidait de l’impartialité du juré.

Les trois juges de la Cour d’appel ont tous rédigé des motifs. Le juge Bisson, dans son examen de la procédure de présélection dont il était question dans l’affaire *Hubbert*, précitée, a fait remarquer que cette procédure ne saurait entraîner la prise en charge par le juge d’un processus que le *Code criminel* confie à deux vérificateurs. En outre, il ressort du texte de l’arrêt *Hubbert*, précité, relativement à la présélection effectuée par le juge du procès, qu’il ne convient de recourir à une telle procédure que dans des cas de partialité «évidente». Ce pouvoir du juge du procès ne va pas jusqu’à lui permettre de trancher les questions de partialité. Si la récusation pour cause s’avère non fondée, le juge du procès peut la rejeter. Le juge Bisson ajoute, à la p. 312:

Certes, la pratique qui veut que le juge puisse poser quelques questions préliminaires à un candidat-juré est louable mais elle ne doit pas systématiquement faire disparaître toute possibilité de récusation pour cause. [Je souligne.]

Il a accueilli l’appel, à la p. 313, pour le motif qu’il existait un «vice fondamental dans la constitution du tribunal qui devait juger les crimes reprochés. . . .»

Le juge Jacques a souscrit à l’avis du juge Bisson, mais il a ajouté quelques observations personnelles touchant la procédure de présélection de l’arrêt *Hubbert*. Selon le juge Jacques, il s’agit d’une procédure

and thus must be viewed as being based upon the "tacit consent" of both parties.

Rothman J.A., in short concurring reasons, also held that the trial judge had erred by screening the jurors himself and by apparently denying any further challenge on the basis of the massive pre-trial publicity.

In rationalizing these various judicial expressions, it is necessary to reflect on what was in fact said by the Ontario Court of Appeal in *Hubbert, supra*. While certain broad statements in that case may warrant comment, the Court's discussion of the pre-screening procedure and the proper course for a trial judge to follow in an application for a challenge for cause due to alleged partiality, in the main, cannot be challenged. Generally, the Court correctly states the law as it is understood in this country when dealing with an application for a challenge for cause based upon partiality. Certain comments may, however, be appropriate in light of the coming into force of the *Charter*. While it is no doubt true that trial judges have a wide discretion in these matters and that jurors will usually behave in accordance with their oaths, these two principles cannot supersede the right of every accused person to a fair trial, which necessarily includes the empanelling of an impartial jury. (See The Law Reform Commission of Canada, *The Jury in Criminal Trials*, Working Paper 27, 1980.)

This, however, does not mean that an accused has the right to a favourable jury nor that the selection procedure can be used to thwart the representativeness that is essential to the proper functioning of a jury. While it may be, in some instances, that the peremptory challenges allocated to the accused and the Crown, and the Crown's additional right to stand aside, will be used by the parties to alter somewhat the degree to which the jury represents the community, peremptory challenges are justified on a number of grounds. The accused may, for example, not have sufficient information to challenge for cause a member of the panel he/she feels should be excluded. Peremptory challenges can also, in certain circum-

destinée à faire face aux cas évidents de partialité, qui doit, en conséquence, être considérée comme reposant sur le «consentement tacite» des deux parties.

Le juge Rothman, dans de brefs motifs concordants, a conclu, en outre, que le juge du procès avait commis une erreur en procédant lui-même à la sélection des jurés et en refusant apparemment toute autre récusation fondée sur la publicité massive ayant entouré l'affaire antérieurement au procès.

En tentant de rationaliser ces différentes opinions judiciaires, une réflexion s'impose sur ce qu'a dit en réalité la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hubbert*, précité. Même si certaines assertions générales qu'on retrouve dans cet arrêt peuvent faire l'objet de commentaires, il n'y a, dans l'ensemble, rien à redire à l'analyse que la cour a faite de la procédure de présélection et de la marche à suivre par le juge du procès saisi d'une demande de récusation pour cause de partialité. D'une manière générale, la cour a énoncé correctement le droit applicable, au Canada, face à une demande de récusation pour cause de partialité. Quelques commentaires peuvent, cependant, être indiqués compte tenu de l'entrée en vigueur de la *Charte*. Bien qu'il ne fasse aucun doute que les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans ce domaine et que les jurés agissent normalement en conformité avec leur serment, ces deux principes ne sauraient l'emporter sur le droit de tout inculpé à un procès équitable, ce qui comprend nécessairement la constitution d'un jury impartial (voir La Commission de réforme du droit du Canada, *Le jury en droit pénal*, document de travail 27, 1980).

Cela ne signifie pas, toutefois, que l'accusé ait droit à un jury favorable à sa cause ni qu'on puisse avoir recours à la procédure de sélection pour contre-carrer la représentativité qui est essentielle au bon fonctionnement d'un jury. Même s'il se peut que, dans certaines circonstances, les récusations péremptoires auxquelles ont droit l'accusé et le ministère public, ainsi que le droit additionnel du ministère public d'exiger la mise à l'écart de jurés, soient utilisés par les parties pour changer jusqu'à un certain point la mesure dans laquelle le jury représente la collectivité, il reste que les récusations péremptoires se justifient par un certain nombre de motifs. Il est possible, par exemple, que l'accusé ne dispose pas de

stances, produce a more representative jury depending upon both the nature of the community and the accused. Challenges of this nature also serve to heighten an accused's perception that he/she has had the benefit of a fairly selected tribunal.

As to challenges for cause, they are properly used to rid the jury of prospective members who are not indifferent or who otherwise fall within s. 567 (now s. 638), of the *Code*, but they stray into illegitimacy if used merely, without more, to over- or under-represent a certain class in society or as a "fishing expedition" in order to obtain personal information about the juror. As previously mentioned, information obtained on an ultimately unsuccessful challenge for cause may, however, lead the challenger to exercise the right to challenge peremptorily or to stand aside the particular juror. If the challenge process is used in a principled fashion, according to its underlying rationales, possible inconvenience to potential jurors or the possibility of slightly lengthening trials is not too great a price for society to pay in ensuring that accused persons in this country have, and appear to have, a fair trial before an impartial tribunal, in this case, the jury.

This being said, some words of caution are in order as to the nature of the pre-screening that can be legitimately engaged in by trial judges. If one harkens back to the actual words used by the Court of Appeal in *Hubbert, supra*, it becomes clear, in my opinion, that the procedure envisioned is inoffensive and falls outside of the warnings delivered in *Barrow, supra*, and *Guérin and Pimparé, supra*, as evidenced by the following, at pp. 292-93:

Turning to the practical consideration of the methods by which the process should be carried out, we deal first with the kind of obvious partiality dealt with in the English practice direction. Some trial Judges make a

renseignements suffisants pour récuser pour cause un membre du tableau qui, selon lui, devrait être exclu. Les récusations péremptoires peuvent également, dans certaines situations, améliorer la représentativité d'un jury, ce qui dépend à la fois de l'accusé et de la nature de la collectivité. Ce genre de récusation sert, en outre, à intensifier le sentiment de l'accusé qu'il a bénéficié d'un tribunal constitué équitablement.

Quant aux récusations motivées, elles empêchent légitimement le jury d'être composé de membres qui ne sont pas impartiaux ou qui, autrement, relèvent de l'art. 567 (maintenant l'art. 638) du *Code*. Elles glissent toutefois dans l'illégitimité dès qu'on y recourt à la seule fin d'assurer la représentation excessive ou insuffisante d'une certaine classe sociale ou pour entreprendre une «expédition de pêche» destinée à obtenir des renseignements personnels sur le juré. Comme je l'ai déjà mentionné, des renseignements obtenus par suite d'une récusation motivée qui est finalement rejetée peuvent toutefois amener l'auteur de la récusation à exercer son droit de récuser péremptoirement le juré en question ou de le mettre à l'écart. Pour peu qu'on procède à la récusation d'une manière qui soit conforme aux principes, en respectant ses justifications sous-jacentes, les inconvénients pouvant en résulter pour les candidats jurés ou la possibilité d'une légère prolongation des procès ne représentent pas un prix exorbitant à payer par la société pour assurer que les accusés, dans notre pays, subissent un procès équitable, tant dans les faits qu'en apparence, devant un tribunal impartial, en l'occurrence le jury.

Cela dit, des précisions s'imposent concernant la nature de la présélection qui peut légitimement être effectuée par les juges au procès. Lorsqu'on se reporte aux termes mêmes utilisés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Hubbert*, précité, il devient clair, selon moi, que la procédure envisagée est anodine et n'entre pas dans les paramètres des mises en garde faites dans les arrêts *Barrow* et *Guérin*, précités. C'est ce qui se dégage du passage suivant, aux pp. 292 et 293:

[TRADUCTION] Passant maintenant à l'examen pratique des méthodes qui devraient être employées pour mener le processus à bien, traitons d'abord du genre de partialité évidente visée par la directive anglaise en

practice of saying to the jury panel, before the selection process begins, something of this nature:

If there is anyone on this panel who is closely connected with a party to this case or with a witness who is to testify, will you please stand?

To take obvious examples, if the juror is the uncle of the accused, or the wife of a witness, or the brother of the investigating police officer, he ought not to serve.

In our view, the trial Judge on his own should excuse that prospective juror from the case, without more ado. . . . We think the practice of excusing jurors of obvious partiality is a desirable one in all cases. [Emphasis added.]

I agree. And, as pointed out by the Ontario Court of Appeal, if the trial judge does not excuse a juror at this stage, that juror is still subject to challenge or to a direction to stand aside. Nothing said by the Court of Appeal relates to cases of disputed partiality. The initial procedure outlined by the Court of Appeal goes only to such clear-cut cases of partiality that, as said in *Guérin and Pimparé, supra*, and *Barrow, supra*, the consent of counsel is and can be presumed. Once out of obvious situations of non-indifference, as in *Guérin and Pimparé, supra*, and *Barrow, supra*, the procedure takes on a different colour: consent can no longer be presumed and the procedure must conform to that which is set out in the *Criminal Code*. There is absolutely no room for a trial judge to increase further his/her powers and take over the challenge process by deciding controversial questions of partiality. If there exist legitimate grounds for a challenge for cause, outside of the obvious cases addressed by the *Hubbert*, procedure, it must proceed in accordance with the *Code* provisions—the threshold pre-screening mechanism is a poor, and more importantly, an illegal substitute in disputed areas of partiality. (See Vidmar and Melnitzer, “Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause” (1984), 22 *Osgoode Hall L.J.* 487.) After this initial, narrowly drawn procedure is complete, the process as set out in the *Criminal Code* must be adhered to. I will refer again to the clear words of

matière de pratique. Certains juges ont l’habitude de s’adresser au tableau des jurés, avant la formation du jury, dans des termes à peu près semblables aux suivants:

<sup>a</sup> Si quelqu’un parmi vous a des liens étroits avec une des parties ou avec un témoin, veuillez s’il vous plaît vous lever.

<sup>b</sup> Pour donner des exemples évidents, si le juré est l’oncle de l’accusé ou la femme d’un témoin ou le frère du policier qui a mené l’enquête, il ne devrait pas faire partie du jury.

<sup>c</sup> À notre avis, le juge devrait pouvoir, dans ce cas, exclure le candidat juré et sans formalité. [. . .] Nous estimons que la pratique d’exclure les jurés manifestement partiaux est une pratique souhaitable dans tous les cas. [Je souligne.]

<sup>d</sup> Je partage cet avis. De plus, ainsi que l’a fait remarquer la Cour d’appel de l’Ontario, si le juge du procès n’exclut pas un juré à ce stade-là, ce juré pourra encore faire l’objet de récusation ou d’un ordre de se tenir à l’écart. Mais rien de ce qui a été dit par la Cour d’appel ne se rapporte aux cas de partialité contestée. La procédure initiale exposée par la Cour d’appel ne s’applique qu’aux cas de partialité qui sont tellement évidents que, comme on l’a dit dans les arrêts *Guérin* et *Barrow*, précités, le consentement de l’avocat est et peut être présumé. Du moment qu’il ne s’agit plus d’une situation de partialité évidente, comme celle qui se présentait dans les affaires *Guérin* et *Barrow*, précitées, la procédure à suivre prend un aspect différent: le consentement ne peut plus être présumé et la procédure suivie doit être conforme à celle prévue au *Code criminel*. Le juge du procès ne jouit d’absolument aucune latitude pour accroître davantage ses pouvoirs et prendre en charge le processus de récusation en tranchant les questions controversées de partialité. S’il existe des motifs légitimes de récusation, outre les cas évidents auxquels s’applique la procédure énoncée dans l’arrêt *Hubbert*, cette récusation doit se faire en conformité avec les dispositions du *Code* — le mécanisme préliminaire de présélection s’y substitue mal dans les cas où il y a contestation quant à la partialité et, qui plus est, il est alors illégal. (Voir Vidmar et Melnitzer, «Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause»

Dickson C.J. in *Barrow, supra*, at p. 714, which, though addressing a somewhat different question, are apposite here:

The *Code* sets out a detailed process for the selection of an impartial jury. It gives both parties substantial powers in the process and sets up a mechanism to try the partiality of a potential juror when challenged for cause. The trier of partiality is not the judge but a mini-jury of two potential or previously selected jurors. . . . Parliament has decided that the issue of partiality is a question of fact that must be decided by two of the jurors themselves, not by the judge. . . . [A]ny judge who attempts to participate in such decisions usurps the function of the jurors. . . .

Perhaps more pertinent to the issue here is the question of what degree of pre-trial publicity or, more generally, non-indifference, is necessary to lead to the right to challenge for cause and thus have the trial of the issue proceed before the "mini-jury". The example of pre-trial publicity arises on the facts of this case and the existence of publicity prior to trial would appear to be the most frequent cause for a challenge based upon non-indifference.

A number of factors need to be addressed in answering this question. To begin with, s. 567 (now s. 638) of the *Criminal Code* places little, if any, burden on the challenger. On the other hand, a reasonable degree of control must be retained by the trial judge and, thus, some burden placed upon the challenger to ensure that the selection of the jury occurs in a manner that is in accordance with the principles I have previously articulated and also to ensure that sufficient information is imparted to the trial judge such that the trial of the truth of the challenge is contained within permissible bounds. Thus, while there must be an "air of reality" to the application, it need not be an "extreme" case, as were, for example, the cases of *Zundel, supra*, and *Guérin and Pimparé,*

(1984), 22 *Osgoode Hall L.J.* 487.) Une fois complétée cette procédure initiale de portée limitée, on doit suivre celle exposée au *Code criminel*. Je me réfère de nouveau aux propos non équivoques tenus par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Barrow*, précité, à la p. 714. Bien que touchant une question quelque peu différente, ces propos sont pertinents en l'espèce:

Le *Code* établit une procédure détaillée de sélection d'un jury impartial. Il confère aux deux parties des pouvoirs substantiels dans le cadre de ce processus et il établit un mécanisme pour juger de la partialité d'un juré éventuel qui fait l'objet d'une demande de récusation motivée. Le juge de la partialité est non pas le juge, mais un mini-jury formé de deux jurés éventuels ou déjà choisis [ . . . ] Le législateur fédéral a décidé que la question de la partialité est une question de fait que doivent trancher deux des jurés eux-mêmes, et non le juge. [ . . . ] [T]out juge qui tente de participer à de telles décisions usurpe la fonction de juré. . .

Plus pertinente, peut-être, relativement au point présentement en litige, est la question de savoir quel degré de publicité antérieure au procès ou, d'une manière plus générale, quel degré de partialité, est requis pour engendrer le droit de récusation motivée et faire en sorte que ce soit le «mini-jury» qui décide ce point. Or, le cas de la publicité antérieure au procès se présente ici et l'existence d'une telle publicité semblerait constituer le motif le plus fréquent de récusation pour absence d'impartialité.

Pour répondre à cette question, il nous faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Tout d'abord, l'art. 567 (maintenant l'art. 638) du *Code criminel* impose peu ou point d'obligation à l'auteur de la récusation. Par ailleurs, le juge du procès doit conserver un degré raisonnable de contrôle et il doit en conséquence incomber, dans une certaine mesure, à l'auteur de la récusation de veiller à ce que la sélection des jurés se déroule en conformité avec les principes précédemment énoncés et de veiller également à ce que soient communiqués au juge du procès des renseignements suffisants pour que la vérification du bien-fondé de la récusation ait lieu dans les limites acceptables. Donc, si la requête doit [TRADUCTION] «paraître réaliste», il ne doit pas nécessairement s'agir d'un cas «extrême», comme l'étaient, par exemple, les affaires *Zundel* et *Guérin*, précitées. Dans l'affaire *Zundel*, précitée, la Cour d'appel de

*supra*. The Ontario Court of Appeal in *Zundel, supra*, provided a useful guide in this regard, at p. 132:

The real question is whether the particular publicity and notoriety of the accused could potentially have the effect of destroying the prospective juror's indifference between the Crown and the accused.

Postulating rigid guidelines is obviously an impossible task. Lawton J. in *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, draws a valuable distinction, in pre-trial publicity cases, between mere publication of the facts of a case and situations where the media misrepresents the evidence, dredges up and widely publicizes discreditable incidents from an accused's past or engages in speculation as to the accused's guilt or innocence. It may well be that the pre-trial publicity or other ground of alleged partiality will, in itself, provide sufficient reasons for a challenge for cause. The threshold question is not whether the ground of alleged partiality will create such partiality in a juror, but rather whether it could create that partiality which would prevent a juror from being indifferent as to the result. In the end, there must exist a realistic potential for the existence of partiality, on a ground sufficiently articulated in the application, before the challenger should be allowed to proceed.

#### *Application to the Facts of the Case*

Applying these principles to the facts of this case, given the whole of the circumstances, the procedure followed by the trial judge was correct. It is unfortunate, however, in my view, that the trial judge used the word "extraordinary" to describe the challenge for cause procedure. As I have hopefully made clear throughout these reasons, the right to challenge for cause is an important one designed to ensure a fair trial. It is of great assistance in the selection of a jury that can properly fulfill those duties accorded it. Further, the ability to challenge for cause rests upon a showing by the challenger of a realistic potential for partiality. The process is neither "extraordinary" nor "exceptional".

Notwithstanding his seeming misapprehension of the nature of the process, the trial judge was correct,

l'Ontario donne des indications utiles à cet égard, à la p. 132:

[TRADUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si la publicité particulière et la notoriété de l'accusé risqueraient de détruire l'impartialité du candidat juré entre le ministère public et l'accusé.

L'établissement de principes directeurs rigides est évidemment impossible. Le juge Lawton, dans *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, établit, pour les cas de publicité antérieure au procès, une distinction utile entre la simple publication des faits d'une cause et les situations où les médias dénaturent la preuve, déterminent le passé de l'accusé, et diffusent largement des incidents tendant à le discréditer, ou se livrent à des conjectures quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Il se peut bien que la publicité antérieure au procès, ou tout autre motif de partialité qu'on a pu avancer, suffise en soi pour justifier une récusation motivée. La question préliminaire n'est pas de savoir si le motif de partialité invoqué engendrera cette partialité chez un juré, mais bien de savoir s'il pourrait engendrer une partialité qui empêcherait un juré d'être impartial quant au résultat. En définitive, il doit exister une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la requête, à défaut de quoi on ne devrait pas permettre à l'auteur de la récusation d'aller de l'avant.

#### *L'application aux faits de l'espèce*

Appliquant ces principes aux faits de la présente affaire, je conclus que la procédure suivie par le juge du procès était juste, compte tenu des circonstances. J'estime toutefois qu'il est malheureux que le juge ait qualifié de [TRADUCTION] «extraordinaire» la procédure de récusation motivée. Comme, j'ose l'espérer, je l'ai dit clairement dans les présents motifs, le droit de récusation motivée est un droit important destiné à assurer la tenue d'un procès équitable. Il est d'un grand secours dans la sélection d'un jury qui soit en mesure de bien s'acquitter de ses fonctions. De plus, une partie ne peut procéder à une récusation motivée que si elle démontre l'existence d'une possibilité réaliste de partialité. Ce processus n'est ni «extraordinaire» ni «exceptionnel».

Bien qu'il semble avoir mal saisi la nature du processus, c'est avec raison, selon moi, que le juge du

in my view, in deciding that there was nothing before him in the present instance that satisfied the requirement set out above. The pre-trial publicity did not satisfy the query, “whether the particular publicity and notoriety of the accused could potentially have the effect of destroying the prospective juror’s indifference.” Based on the information given to the judge, there was no realistic potential for the existence of partiality on the basis of pre-trial publicity. The trial occurred a substantial period of time after the publicity in question and, more importantly, it appears that the media reports were concerned more with the search and subsequent discovery of the remains of the victim and the victim’s reputation than with the accused or subsequent proceedings against him. As Huband J.A. said at p. 149, the pre-trial publicity here “was not of the type to occasion partiality towards an accused”. In addition, Jewers J. did not close off the challenge procedure at this point but rather invited continued challenges based on more appropriate information. Such information was not forthcoming despite the representation by accused’s counsel that he had material to substantiate his allegations.

Having so concluded, I am nonetheless of the view that the majority of the Court of Appeal interpreted *Hubbert, supra*, too broadly. I refer particularly to the comments of Huband J.A., at p. 150, regarding the pre-screening of prospective jurors for partiality undertaken by the trial judge. This initial process, in my view, only applies, as is evidenced by the words used in *Hubbert, supra*, to consensual, uncontested matters of partiality and not where the challenge for cause is grounded on some pertinent allegation as in *Barrow, supra*, and *Guérin and Pimparé, supra*.

### Disposition

As the challenge for cause on the basis of the pre-trial publicity was groundless in this case, I agree in the result with the majority of the Court of Appeal and I would therefore dismiss the appeal.

procès a décidé qu’on n’avait pas satisfait ici à l’exigence énoncée plus haut. La publicité antérieure au procès ne satisfaisait pas au test, à savoir «si la publicité particulière et la notoriété de l’accusé risqueraient de détruire l’impartialité du candidat juré». D’après les renseignements communiqués au juge, il n’existait aucune possibilité réaliste de partialité résultant de la publicité antérieure au procès. Un délai considérable s’était écoulé entre cette publicité et le procès et, qui plus est, les reportages des médias semblent avoir porté davantage sur la recherche et la découverte subséquente de la dépouille de la victime, et sur la réputation de celle-ci, que sur l’accusé ou les procédures engagées ultérieurement contre lui. Ainsi que l’a dit le juge Huband, la publicité antérieure au procès dont il s’agit en l’espèce [TRADUCTION] «n’était pas du genre à engendrer la partialité envers l’accusé» (p. 149). En outre, le juge Jewers n’a pas mis fin à la procédure de récusation à ce stade-là, mais a laissé la porte ouverte à de nouvelles récusations fondées sur des renseignements plus appropriés. Or, ces renseignements n’ont pas été fournis malgré les représentations de l’avocat de l’accusé qu’il disposait de données appuyant ses allégations.

Malgré cette conclusion, j’estime que la majorité en Cour d’appel a donné à l’arrêt *Hubbert*, précité, une interprétation trop large. Je me réfère, notamment, aux observations du juge Huband, à la p. 150, concernant la présélection de candidats jurés, entreprise par le juge du procès, pour en vérifier la partialité. À mon avis, il ressort du langage tenu dans l’arrêt *Hubbert*, précité, qu’il n’y a lieu de recourir à ce processus initial que dans les cas consensuels ou incontestés de partialité et non dans les situations où la récusation est fondée sur quelque allégation pertinente, comme dans les affaires *Barrow* et *Guérin*, précitées.

### Dispositif

Puisque la récusation motivée par la publicité antérieure au procès était sans fondement en l’espèce, je souscris, en définitive, à la conclusion de la majorité en Cour d’appel et je suis, en conséquence, d’avis de rejeter le pourvoi.



The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

STEVENSON J.—I have had the advantage of reading the opinion of my colleague Justice L'Heureux-Dubé and agree with her disposition of the appeal and her reasons for disposing of the point raised in the dissent which gave rise to the appeal.

LE JUGE STEVENSON—J'ai eu l'occasion de lire l'opinion de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et je souscris à sa façon de trancher le pourvoi ainsi qu'aux motifs de sa conclusion sur le point soulevé dans la dissidence qui a donné lieu au pourvoi.

I prefer, however, to restrict my concurrence to that point lest I be thought to be passing upon the discussion of the collateral questions, notably that of the "representative" nature of the jury.

Je préfère cependant limiter à cela mon opinion concordante de crainte qu'on ne croie que je me prononce sur l'examen des questions accessoires, notamment celle du caractère «représentatif» du jury.

The issue in the appeal is the propriety of the response of the trial judge to a request by the defence counsel that he be permitted to put some 11 questions to each juror by way of a challenge for cause. The dissenting judge, (1989), 58 Man. R. (2d) 145, described the main ground of appeal at p. 151, as being "that the trial judge usurped the function of triers of facts in dealing with challenges for cause." In the course of his reasons he cast some doubt upon the authority of *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

La question soulevée dans ce pourvoi concerne la légitimité de la réponse qu'a donnée le juge du procès à l'avocat de la défense quand celui-ci a demandé l'autorisation de poser environ 11 questions à chaque juré dans le cadre d'une procédure de récusation motivée. Selon le juge dissident (1989), 58 Man. R. (2d) 145, à la p. 151, le principal moyen d'appel était que [TRADUCTION] «le juge du procès a usurpé la fonction des juges des faits en traitant des récusations motivées». Dans ses motifs, il met en doute l'autorité de l'arrêt *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279.

I pause to note that, had the trial judge purported to decide the question of whether a challenge was proven as distinct from the question of whether it might be made, "usurpation" would be a proper characterization.

Je fais remarquer en passant que si le juge du procès avait entrepris de trancher la question de savoir si la récusation était fondée, par opposition à celle de savoir si on pouvait avoir recours à cette procédure, il serait juste de parler d'«usurpation».

*Hubbert*, has been frequently cited and applied, and, in my view, its authority remains undiminished. Two propositions may be drawn from it. Firstly, some concerns about partiality may be addressed by procedures short of a challenge for cause. The trial judge's putting general questions to the panel is one example. Secondly, where counsel seeks to invoke the right to challenge each juror the trial judge is to be satisfied there is some foundation to the challenge.

L'arrêt *Hubbert* a été souvent cité et appliqué et, à mon avis, il fait toujours autorité. Deux propositions peuvent s'en dégager. Premièrement, il est possible de répondre à certaines inquiétudes quant à la partialité sans aller jusqu'à la récusation motivée. Le juge du procès peut, par exemple, poser des questions générales au tableau des jurés. Deuxièmement, lorsque l'avocat cherche à invoquer le droit de récuser chaque juré, le juge du procès doit être convaincu que la récusation a un fondement quelconque.

This appeal involves the second proposition and I agree with L'Heureux-Dubé J. that in this case the challenge for cause on the basis of pre-trial publicity was groundless. I add that defence counsel at trial expressed the view that the questioning "would give me some rational basis for exercising the peremptory

Le présent pourvoi met en cause la seconde proposition et, à l'instar du juge L'Heureux-Dubé, je tiens pour non fondée en l'espèce la récusation motivée par la publicité antérieure au procès. Je fais remarquer en outre qu'au procès l'avocat de la défense s'est dit d'avis que l'interrogatoire lui [TRADUCTION]

challenge". The latter is not a permissible ground for challenging for cause.

I would, therefore, dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Walsh, Micay and Co.,  
Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Department of the  
Attorney General, Winnipeg.*

«permettrait d'établir un motif rationnel de procéder à la récusation péremptoire». Or voilà qui ne peut pas légitimement fonder une récusation motivée.

*a* Je suis, en conséquence, d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*b* *Procureurs de l'appellant: Walsh, Micay and Co.,  
Winnipeg.*

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



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 1991 Vol. 1**

**4<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 1**

**Cited as [1991] 1 S.C.R. 541-762**

**Renvoi [1991] 1 R.C.S. 541-762**

---

## NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Supreme Court of Canada are advised that the Court's video-conferencing service has been expanded. Beginning in October, 1991, oral submissions on appeals may be made by video-conference, in those locations where facilities are available. Previously, this service was only available for argument on motions, and applications for leave to appeal where the Court had ordered an oral hearing.

Currently, facilities are available in St. John's, Newfoundland; Halifax, Nova Scotia; Saint John, Fredericton, and Moncton, New Brunswick; Thunder Bay, London and Toronto, Ontario; Montréal and Québec City, Quebec; Winnipeg, Manitoba; Regina and Saskatoon, Saskatchewan; Edmonton and Calgary, Alberta; and in Vancouver and Victoria, British Columbia.

If counsel intends to appear by video-conference on an appeal, application for leave to appeal or motion, written notice must be given to the Registrar and all other parties, at least 15 clear days before the hearing. Consent of the Registrar or any other party is not required, however.

This notice should contain the following information:

- A. Location from which counsel will appear.
- B. The name and address, including telephone and facsimile numbers, of the lawyer who will be presenting oral argument.
- C. The language in which the submissions will be made and whether simultaneous translation will be required at the remote location.
- D. Whether there are any special requirements, such as wheelchair access, requested for the remote location.

Inquiries concerning video-conferencing should be directed to Claude E. Alain, Director of Legal Affairs at (613) 996-7684.

This Notice replaces the Notice of December 1986.

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRAIRE

October, 1991

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont avisés que le service de vidéo-conférence s'étendra aux appels. Dès octobre 1991, les appels pourront être plaidés au moyen du système de vidéo-conférence dans les endroits où il est disponible. Jusqu'à maintenant, seules les demandes d'autorisation d'appel à l'égard desquelles la Cour avait ordonné la tenue d'une audience et les requêtes pouvaient être plaidées au moyen du système.

Le système de vidéo-conférence existe actuellement à St. John's (Terre-Neuve); Halifax (Nouvelle-Écosse); Saint John, Fredericton et Moncton (Nouveau-Brunswick); Thunder Bay, London et Toronto (Ontario); Montréal et Québec (Québec); Winnipeg (Manitoba); Régina et Saskatoon (Saskatchewan); Edmonton et Calgary (Alberta); Vancouver et Victoria (Colombie-Britannique).

Les avocats qui désirent utiliser le système de vidéo-conférence pour une requête, une demande d'autorisation d'appel ou un appel doivent en aviser le registraire et toutes les autres parties par écrit au moins 15 jours francs avant la date de l'audience. Toutefois, le consentement du registraire ou de toute autre partie n'est pas requis.

L'avis doit contenir les renseignements suivants:

- A. L'endroit où plaidera l'avocat.
- B. Les nom, adresse, numéros de téléphone et de télécopieur de l'avocat qui plaidera.
- C. La langue de la plaidoirie et les besoins d'interprétation à l'endroit où se trouvera l'avocat.
- D. Les demandes particulières (par ex.: accessibilité aux personnes handicapées).

Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez contacter M<sup>e</sup> Claude E. Alain, directeur des Affaires juridiques, au (613) 996-7684.

Cet avis remplace l'avis du mois de décembre 1986.

Octobre 1991

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

---

## CONTENTS

### Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada ..... 614

Labour relations — Public Service — Employment — Teachers working in penitentiary pursuant to government contract with private corporation — Teachers provided by private corporation doing same work as those in service of Solicitor General — Public Service Staff Relations Board concluding that teachers provided by private corporation were Government employees for purposes of collective bargaining — Whether Board had jurisdiction to determine who is employee of Public Service — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, ss. 2, 33, 98.

Administrative law — Judicial review — Jurisdictional error — Standard of review.

*Continued on next page*

---

## SOMMAIRE

### Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada ..... 614

Relations de travail — Fonction publique — Emploi — Enseignants travaillant dans un pénitencier aux termes d'un contrat avec une société privée — Les enseignants fournis par la société privée accomplissaient le même travail que les enseignants au service du Solliciteur général — La Commission des relations de travail dans la Fonction publique a conclu que les enseignants fournis par la société privée étaient des employés du gouvernement pour les fins de la négociation collective — La Commission a-t-elle compétence pour déterminer qui est employé de la Fonction publique? — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-35, art. 2, 33, 98.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Erreur juridictionnelle — Norme de contrôle.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Laferrière v. Lawson**..... 541

Civil responsibility — Medical malpractice — Causation — Theory of loss of chance — Doctor performing biopsy but failing to inform patient of cancerous condition found or follow up on patient's health in appropriate manner — Patient later dying of generalized cancer — Whether action against doctor can succeed even where it is not proven that patient's fate would have been different absent the doctor's fault — Whether theory of loss of chance should be introduced into Quebec civil law in matters of medical responsibility.

Physicians and surgeons — Medical malpractice — Causation — Theory of loss of chance — Doctor performing biopsy but failing to inform patient of cancerous condition found or follow up on patient's health in appropriate manner — Patient later dying of generalized cancer — Whether action against doctor can succeed even where it is not proven that patient's fate would have been different absent the doctor's fault — Whether theory of loss of chance should be introduced into Quebec civil law in matters of medical responsibility.

### **R. v. M. (D.B.)**..... 669

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Evidence of complainant's prior sexual conduct excluded — Whether Court of Appeal erred in finding that trial judge properly excluded evidence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 142(1)(b).

### **R. v. Smith**..... 714

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Waiver — Police informing accused of his right to counsel upon arrest in connection with shooting incident — Police failing to specify that victim was dead — Accused's right to be informed of reasons for arrest infringed — Whether accused properly informed of his right to counsel — Whether accused had sufficient information to make his waiver of counsel valid — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused arrested in connection with shooting incident — Police failing to specify that victim was dead — Accused's right to be informed of reasons for arrest infringed — Accused making statement — Whether accused's statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), 24(2).

Criminal law — Murder — Charge to jury — Whether trial judge's reference to criminal negligence in instructing jury on definition of murder invalidates charge.

### **R. v. Szabo**..... 736

Criminal law — Summary convictions — Appeal to Court of Appeal — Accused's appeal against conviction inscribed in Court of Appeal without seeking leave from that court —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Laferrière c. Lawson**..... 541

Responsabilité civile — Faute médicale — Causalité — Théorie de la perte de chance — Biopsie pratiquée par un médecin qui ne renseigne pas sa patiente sur son état cancéreux et qui omet d'assurer le suivi requis de son état de santé — Décès ultérieur de la patiente d'un cancer généralisé — Faut-il accueillir l'action intentée au médecin même s'il n'est pas prouvé que le sort de la patiente aurait été différent sans sa faute? — Faut-il incorporer la théorie de la perte de chance dans le droit civil québécois de la responsabilité médicale?

Médecins et chirurgiens — Faute médicale — Causalité — Théorie de la perte de chance — Biopsie pratiquée par un médecin qui ne renseigne pas sa patiente sur son état cancéreux et qui omet d'assurer le suivi requis de son état de santé — Décès ultérieur de la patiente d'un cancer généralisé — Faut-il accueillir l'action intentée au médecin même s'il n'est pas prouvé que le sort de la patiente aurait été différent sans sa faute? — Faut-il incorporer la théorie de la perte de chance dans le droit civil québécois de la responsabilité médicale?

### **R. c. M. (D.B.)**..... 669

Droit criminel — Infractions sexuelles — Preuve — Exclusion de la preuve de la conduite antérieure de la plaignante — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait exclu à bon droit cette preuve? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 142(1)b).

### **R. c. Smith**..... 714

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation — Les policiers ont informé l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat lors de son arrestation en rapport avec une fusillade — Omission par les policiers de préciser que la victime était décédée — Violation du droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation — L'accusé a-t-il été convenablement informé de son droit à l'assistance d'un avocat? — L'accusé avait-il assez de renseignements pour que sa renonciation à l'assistance d'un avocat soit valide? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Accusé arrêté en rapport avec une fusillade — Omission par les policiers de préciser que la victime était décédée — Violation du droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation — Déclaration faite par l'accusé — La déclaration de l'accusé doit-elle être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), 24(2).

Droit criminel — Meurtre — Exposé au jury — La mention par le juge du procès de la négligence criminelle dans ses directives au jury sur la définition du meurtre invalide-t-elle l'exposé?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Crown's motion to dismiss appeal granted — Whether accused misled by clerk of Court of Appeal into believing that he had an appeal as of right — Whether Court of Appeal erred in dismissing accused's appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 762(1), 771(1).

**R. v. W.(D.)** ..... 742

Criminal law — Charge to jury — Recharge — Trial judge making error in recharge as to standard of proof required of Crown — Whether error reversible in light of correct instructions given a few minutes earlier during main charge.

**Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)** ..... 671

Evidence — Exhibits — Access — Audio and video tapes admitted in evidence in criminal trial resulting in conviction — Appeal court finding evidence inadmissible and overturning conviction — Whether member of public entitled to access to tapes.

Courts — Administration — Exhibits — Access — Audio and video tapes admitted in evidence in criminal trial resulting in conviction — Appeal court finding evidence inadmissible and overturning conviction — Whether member of public entitled to access to tapes.

## SOMMAIRE (Fin)

**R. c. Szabo**..... 736

Droit criminel — Déclarations de culpabilité par procédure sommaire — Pourvoi devant la Cour d'appel — Appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité inscrite en Cour d'appel sans demander l'autorisation de cette cour — Requête du ministère public en rejet de l'appel accueillie — Le greffier de la Cour d'appel a-t-il induit l'accusé en erreur en lui faisant croire qu'il pouvait former un appel de plein droit? — Est-ce à tort que la Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 762(1), 771(1).

**R. c. W.(D.)** ..... 742

Droit criminel — Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Erreur du juge du procès dans son exposé supplémentaire au sujet du fardeau de preuve exigée du ministère public — Cette erreur donne-t-elle lieu à révision étant donné les directives correctes données quelques minutes plus tôt dans l'exposé principal?

**Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)** ..... 671

Preuve — Pièces — Accès — Les bandes audio et vidéo utilisées en preuve dans le cadre d'un procès criminel ont entraîné une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a conclu à l'inadmissibilité de cette preuve et a annulé la déclaration de culpabilité — Un membre du public a-t-il un droit d'accès aux bandes?

Tribunaux — Administration — Pièces — Accès — Les bandes audio et vidéo utilisées en preuve dans le cadre d'un procès criminel ont entraîné une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a conclu à l'inadmissibilité de cette preuve et a annulé la déclaration de culpabilité — Un membre du public a-t-il un droit d'accès aux bandes?





**Dr. Ray Lawson** *Appellant*

v.

**Me Nicole Laferrière in her capacity as testamentary executor of the late Mireille Fortier-Dupuis** *Respondent*

INDEXED AS: LAFERRIÈRE v. LAWSON

File No.: 21334.

1990: March 22; 1991: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Civil responsibility — Medical malpractice — Causation — Theory of loss of chance — Doctor performing biopsy but failing to inform patient of cancerous condition found or follow up on patient's health in appropriate manner — Patient later dying of generalized cancer — Whether action against doctor can succeed even where it is not proven that patient's fate would have been different absent the doctor's fault — Whether theory of loss of chance should be introduced into Quebec civil law in matters of medical responsibility.*

*Physicians and surgeons — Medical malpractice — Causation — Theory of loss of chance — Doctor performing biopsy but failing to inform patient of cancerous condition found or follow up on patient's health in appropriate manner — Patient later dying of generalized cancer — Whether action against doctor can succeed even where it is not proven that patient's fate would have been different absent the doctor's fault — Whether theory of loss of chance should be introduced into Quebec civil law in matters of medical responsibility.*

Respondent is testamentary executor of the late D, who consulted appellant about the presence of an abnormal lump in her breast. Appellant performed a biopsy and removed the lump, which was found to be cancerous, but did not inform D of the cancerous condition or arrange any follow-up treatment. D's health later deteriorated; she was diagnosed as having generalized cancer and underwent surgery and various treatments. She

\* Chief Justice at the time of judgment.

**D<sup>r</sup> Ray Lawson** *Appelant*

c.

**M<sup>e</sup> Nicole Laferrière en sa qualité d'exécutrice testamentaire de feu Mireille Fortier-Dupuis** *Intimée*

*b* RÉPERTORIÉ: LAFERRIÈRE c. LAWSON

N<sup>o</sup> du greffe: 21334.

1990: 22 mars; 1991: 21 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*d* *Responsabilité civile — Faute médicale — Causalité — Théorie de la perte de chance — Biopsie pratiquée par un médecin qui ne renseigne pas sa patiente sur son état cancéreux et qui omet d'assurer le suivi requis de son état de santé — Décès ultérieur de la patiente d'un cancer généralisé — Faut-il accueillir l'action intentée au médecin même s'il n'est pas prouvé que le sort de la patiente aurait été différent sans sa faute? — Faut-il incorporer la théorie de la perte de chance dans le droit civil québécois de la responsabilité médicale?*

*e* *f* *g* *h* *i* *Medecins et chirurgiens — Faute médicale — Causalité — Théorie de la perte de chance — Biopsie pratiquée par un médecin qui ne renseigne pas sa patiente sur son état cancéreux et qui omet d'assurer le suivi requis de son état de santé — Décès ultérieur de la patiente d'un cancer généralisé — Faut-il accueillir l'action intentée au médecin même s'il n'est pas prouvé que le sort de la patiente aurait été différent sans sa faute? — Faut-il incorporer la théorie de la perte de chance dans le droit civil québécois de la responsabilité médicale?*

L'intimée est l'exécutrice testamentaire de feu M<sup>me</sup> D, qui a consulté l'appelant au sujet d'une masse anormale dans son sein. L'appelant a pratiqué une biopsie et l'ablation de la masse qui était cancéreuse, mais il n'a pas informé D de son état cancéreux, ni établi de suivi à long terme. Plus tard la santé de D s'est détériorée; elle a été déclarée atteinte d'un cancer généralisé et a subi des opérations chirurgicales et différents traite-

\* Juge en chef à la date du jugement.

brought an action against appellant for damages, but died before the proceedings had been completed. Respondent continued the suit, which the trial judge dismissed on the merits. The Court of Appeal reversed the decision. The majority of the court found that appellant's fault resulted in the loss of a real and serious chance to benefit from proper medical care, which should give rise to damages.

*Held* (La Forest J. dissenting): The appeal should be allowed in part.

*Per* Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Respondent's claim for damages for anguish and frustration must be accepted, since appellant's fault was directly related to the great, unnecessary psychological stress D faced upon learning that she had gone four years without knowing of her cancerous condition and without undergoing the follow-up, monitoring and treatment that was appropriate in her case. The loss of chance analysis used to support the claim for damages for physical pain and suffering and premature death is inappropriate, however, at least in cases where death or sickness has already occurred. In such cases classical principles of causation suffice and are essential in order for individual responsibility to attach.

The independent recognition of a lost chance is questionable in all but the exceptional classic cases, and there is certainly no reason to extend such an artificial form of analysis to the medical context, where faults of omission or commission must be considered alongside other identifiable causal factors in determining what has produced the particular result in the form of sickness or death. In France and Belgium, while there is little doctrinal resistance to the application of loss of chance in the classic cases, the theory has been severely criticized when applied in the medical context as being an attempt to avoid the requirement of certain causation. In Quebec, in cases which have dealt with loss of chance in the medical context, the courts have generally focussed on the actual damage which has occurred rather than the lost chance itself, perhaps because of less rigid rules regarding causation. Such an approach, which ensures that the causal link between the fault and the actual situation now experienced by the plaintiff is established at least on the balance of probabilities, is preferable. The plaintiff is aided in establishing his case by presumptions and factual and statistical evidence. In some cases, where a fault presents clear danger for the health and security of the patient and where such a danger materializes, it may be reasonable for a judge to presume the

ments. Elle a intenté une action en dommages-intérêts contre l'appelant, mais elle est décédée en cours d'instance. L'intimée a continué l'action qui a été rejetée sur le fond en première instance. La Cour d'appel a infirmé cette décision. La Cour a conclu, à la majorité, que la faute de l'appelant avait entraîné la perte d'une chance réelle et sérieuse de profiter de soins médicaux appropriés et qu'il y avait lieu à indemnisation.

*Arrêt* (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est accueilli en partie.

*Le* juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: Il faut faire droit à la réclamation de l'intimée pour angoisse et frustration puisque la faute de l'appelant est directement reliée au stress psychologique considérable et inutile que D a ressenti en apprenant qu'elle avait vécu pendant quatre ans sans savoir qu'elle souffrait d'un cancer et sans bénéficier du suivi, du contrôle et du traitement qui auraient été indiqués dans son cas. L'analyse fondée sur la perte de chance proposée comme fondement de la réclamation de dommages-intérêts pour souffrances physiques et mort prématurée ne convient pas, du moins quand la mort ou la maladie est déjà survenue. Dans ces cas, les principes classiques en matière de causalité suffisent et constituent les fondements essentiels de la responsabilité individuelle.

La reconnaissance distincte d'une perte de chance est douteuse, sauf dans les cas classiques exceptionnels, et il n'y a certainement aucune raison d'étendre une forme aussi artificielle d'analyse au contexte médical lorsqu'il faut tenir compte de fautes d'omission ou de fautes résultant d'une action concurremment avec d'autres facteurs de causalité identifiables pour déterminer ce qui a engendré le résultat particulier, qu'il s'agisse de maladie ou de décès. Bien qu'en France et en Belgique, il y ait peu d'auteurs qui s'opposent à l'application de la perte de chance dans les cas classiques, cette théorie a été sévèrement critiquée dans le contexte médical parce qu'on y a vu une tentative de contourner l'exigence d'un lien de causalité certain. Au Québec, dans les décisions qui ont porté sur la perte de chance dans le contexte médical, les cours ont porté leur attention sur le préjudice réel qui est survenu plutôt que sur la chance elle-même, peut-être à cause des règles moins strictes en matière de causalité. Cette méthode, qui permet d'assurer que le lien de causalité entre la faute et la situation réelle dans laquelle le demandeur se trouve est prouvé au moins selon la prépondérance des probabilités, est préférable. Pour établir sa preuve, le demandeur peut invoquer des faits, des présomptions et des statistiques. Dans certains cas où la faute comporte un danger mani-

causal link between the fault and such damage, unless there is a strong indication to the contrary.

The rules of civil responsibility require proof of fault, causation and damage. Both acts and omissions may amount to fault and both may be analyzed similarly with respect to causation. Causation in law is not identical to scientific causation, and must be established on the balance of probabilities, taking into account all the evidence: factual, statistical and that which the judge is entitled to presume. Statistical evidence may be helpful as indicative but is not determinative. Even where statistical and factual evidence do not support a finding of causation on the balance of probabilities with respect to death or sickness, such evidence may justify a finding of causation with respect to lesser damage, such as shorter life or greater pain. If, after consideration of all the factors, a judge is not satisfied that the fault has, on his or her assessment of the balance of probabilities, caused any real damage, then recovery should be denied.

While the evidence here amply supports the trial judge's finding that appellant's fault could not be said to have caused D's death seven years after the first diagnosis of breast cancer, she experienced a type of psychological suffering directly related to appellant's failure to inform his patient of her condition. Further, appellant's failure to follow up on his patient probably denied D the benefit of earlier treatment which would have translated into some real improvement in her condition, and this deprivation should be recognized and compensated.

*Per* La Forest J. (dissenting): The appeal should be dismissed for the reasons given by Jacques J.A. Civil law recognizes that the damage resulting from loss of chance is compensable in this case. Despite an inclination to award more modest damages, the opinion of the majority of the Court of Appeal should stand on this question.

#### Cases Cited

By Gonthier J.

**Referred to:** *Brabander v. Goulet*, [1985] C.A. 36; *Wilson v. Rowswell*, [1970] S.C.R. 865; Cass. civ. 1st,

2<sup>e</sup> chambre, 1970, *Revue de droit de la santé*, 1971, 107. La preuve de la causalité est établie par le fait que le danger s'est réalisé, il peut être logique pour le juge de présumer l'existence du lien de causalité entre la faute et ce préjudice, sous réserve d'une forte indication du contraire.

Les règles de la responsabilité civile exigent la preuve de la faute, de la causalité et du préjudice. Les actes et les omissions peuvent constituer une faute et les deux sont soumis à la même analyse pour ce qui a trait à la causalité. La causalité en droit n'est pas identique à la causalité scientifique; elle doit être établie selon la prépondérance des probabilités, compte tenu de toute la preuve: la preuve factuelle, la preuve statistique et les présomptions. Une preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Même si la preuve statistique et la preuve factuelle ne justifient pas de conclure à l'existence de causalité, selon la prépondérance des probabilités, à l'égard du décès ou de la maladie, ces mêmes preuves peuvent justifier de conclure à l'existence de causalité à l'égard d'un préjudice moindre, comme l'abrégement de la vie ou l'augmentation de la souffrance. Si après considération de tous les facteurs, le juge n'est pas convaincu, d'après son évaluation de la prépondérance des probabilités, que la faute a causé un préjudice réel quelconque il doit rejeter la demande d'indemnisation.

Même si la preuve en l'espèce étaye amplement la conclusion du juge de première instance qu'il est impossible d'affirmer que la faute de l'appelant a causé le décès de D, sept ans après le premier diagnostic de cancer du sein, celle-ci a enduré une sorte de souffrance psychologique directement reliée à l'omission de l'appelant de la renseigner sur son état. De plus, l'omission de l'appelant d'assurer le suivi de sa patiente a probablement privé D de l'avantage d'un traitement précoce qui aurait signifié pour elle une amélioration réelle de son état; il faut reconnaître et indemniser cette privation.

*Le juge* La Forest (dissident): Le pourvoi doit être rejeté pour les motifs prononcés par le juge Jacques de la Cour d'appel. Le droit civil reconnaît que le préjudice résultant de la perte d'une chance est indemnisable en l'espèce. Malgré une disposition à accorder des dommages-intérêts plus modestes, il n'y a pas lieu de modifier l'opinion de la majorité de la Cour d'appel sur cette question.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts mentionnés:** *Brabander c. Goulet*, [1985] C.A. 36; *Wilson c. Rowswell*, [1970] R.C.S. 865; Cass.

- May 31, 1988, *Bull. civ.* 1988, I, No. 165, p. 114; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, October 11, 1988, *Bull. civ.* 1988, I, No. 281, p. 192; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, March 29, 1989, *Bull. civ.* 1989, I, No. 147, p. 97; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, June 7, 1989, *Bull. civ.* 1989, I, No. 230, p. 154; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, January 10, 1990, *Bull. civ.* 1990, I, No. 10, p. 8; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, February 7, 1990, *Bull. civ.* 1990, I, No. 39, p. 30; Brussels, February 12, 1957, *Pas.* 1958, II, 1; Liège, 7<sup>th</sup> Ch., November 24, 1971, unreported, R.G. No. 1201/70; Brussels, January 19, 1965, *Pas.* 1966, II, 13; Brussels, 2<sup>nd</sup> Ch. civ., October 22, 1982, unreported, appeal dismissed Cass. 1<sup>st</sup> Ch., January 19, 1984, *Pas.* 1984, I, 548; *Tardif v. Laverrière*, Sup. Ct. Mégantic, No. 6210, November 10, 1976 (summarized at [1976] C.S. 1803); *Grenier v. Gervais*, [1950] Que. K.B. 60; *Lacourcière v. Laplante*, [1976] C.A. 433; *Beaupré v. Joly*, [1971] C.S. 199; *Sol-Air B.G. Inc. v. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206; *Lachambre v. Perreault* (1983), [1990] R.R.A. 397; *Zuk v. Mihaly*, [1989] R.R.A. 737; *Gburek v. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] S.C.R. 341; *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *J.E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275; *Dodds v. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623; *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] A.C. 750.
- civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 165, p. 114; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 281, p. 192; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 147, p. 97; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 230, p. 154; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 janvier 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 10, p. 8; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 février 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 39, p. 30; Bruxelles, 12 février 1957, *Pas.* 1958, II, 1; Liège, 7<sup>e</sup> Ch., 24 novembre 1971, inédit, R.G. n° 1201/70; Bruxelles, 19 janvier 1965, *Pas.* 1966, II, 13; Bruxelles, 2<sup>e</sup> ch. civ., 22 octobre 1982, inédit, appel rejeté Cass. 1<sup>re</sup> ch., 19 janvier 1984, *Pas.* 1984, I, 548; *Tardif c. Laverrière*, C.S. Mégantic, n° 6210, 10 novembre 1976 (résumé à [1976] C.S. 1803); *Grenier c. Gervais*, [1950] B.R. Qué. 60; *Lacourcière c. Laplante*, [1976] C.A. 433; *Beaupré c. Joly*, [1971] C.S. 199; *Sol-Air B.G. Inc. c. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206; *Lachambre c. Perreault* (1983), [1990] R.R.A. 397; *Zuk c. Mihaly*, [1989] R.R.A. 737; *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] R.C.S. 341; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *J.E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275; *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623; *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] A.C. 750.

### Statutes and Regulations Cited

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 1205.

### Authors Cited

- Aubry et Rau. *Droit civil français*, 8<sup>e</sup> éd., t. VI-2, *Responsabilité délictuelle*. Par Noël Dejean de la Bâtie. Paris: Librairies Techniques, 1989.
- Anrys, Henri. *La responsabilité civile médicale*. Bruxelles: Ferdinand Larcier, 1974.
- Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.
- Boré, Jacques. "L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", *J.C.P.* 1974.I.2620.
- Chabas, François. Annotation of Cass. crim., January 9, 1979, *J.C.P.* 1980.II.19272.
- Chabas, François. "Vers un changement de nature de l'obligation médicale", *J.C.P.* 1973.I.2541.
- Chartier, Yves. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983.

### Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 1205.

### Doctrine citée

- Aubry et Rau. *Droit civil français*, 8<sup>e</sup> éd., t. VI-2, *Responsabilité délictuelle*. Par Noël Dejean de la Bâtie. Paris: Librairies Techniques, 1989.
- Anrys, Henri. *La responsabilité civile médicale*. Bruxelles: Ferdinand Larcier, 1974.
- Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.
- Boré, Jacques. «L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable», *J.C.P.* 1974.I.2620.
- Chabas, François. Note sous Cass. crim., 9 janvier 1979, *J.C.P.* 1980.II.19272.
- Chabas, François. «Vers un changement de nature de l'obligation médicale», *J.C.P.* 1973.I.2541.
- Chartier, Yves. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983.

- Dorsner-Dolivet, Annick. *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*. Paris: L.G.D.J., 1986.
- Durry, Georges. "Responsabilité civile" (1967), 65 *Rev. trim. dr. civ.* 153.
- Hennau-Hublet, Christiane. *L'activité médicale et le droit pénal: Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1987.
- Honoré, A. M. *Causation and Remoteness of Damage*, ch. 7, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*. Edited by André Tunc. Tubingen, West Germany: J.C.B. Mohr, 1971.
- le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1982.
- Mémeteau, Gérard. "Perte de chance en droit médical français" (1986), 32 *McGill L.J.* 126.
- Molinari, Patrick. "La responsabilité civile de l'avocat" (1977), 37 *R. du B.* 275.
- Penneau, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977.
- Pineau, Jean et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis Inc., 1980.
- Savatier, René. "Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale" (1973), 44 *Rev. gén. ass. terr.* 457.
- Savatier, René. "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?", D.1970.Chron.123.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Vacarie, Isabelle. "La perte d'une chance", [1987] 3 *R.R.J.* 903.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.
- Dorsner-Dolivet, Annick. *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*. Paris: L.G.D.J., 1986.
- Durry, Georges. «Responsabilité civile» (1967), 65 *Rev. trim. dr. civ.* 153.
- Hennau-Hublet, Christiane. *L'activité médicale et le droit pénal: Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1987.
- Honoré, A. M. *Causation and Remoteness of Damage*, ch. 7, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*. Edited by André Tunc. Tubingen, West Germany: J.C.B. Mohr, 1971.
- le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1982.
- Mémeteau, Gérard. «Perte de chance en droit médical français» (1986), 32 *R.D. McGill* 126.
- Molinari, Patrick. «La responsabilité civile de l'avocat» (1977), 37 *R. du B.* 275.
- Penneau, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977.
- Pineau, Jean et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis Inc., 1980.
- Savatier, René. «Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale» (1973), 44 *Rev. gén. ass. terr.* 457.
- Savatier, René. «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?», D.1970.Chron.123.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Vacarie, Isabelle. «La perte d'une chance», [1987] 3 *R.R.J.* 903.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 27, 20 Q.A.C. 52, 49 C.C.L.T. 309, reversing a decision of Deslongchamps J. dismissing respondent's action for damages against appellant. Appeal allowed in part, La Forest J. dissenting.

Allan R. Hilton, Julie Chenette and Serge Gaudet, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 27, 20 C.A.Q. 52, 49 C.C.L.T. 309, qui a infirmé une décision du juge Deslongchamps qui avait rejeté l'action en dommages-intérêts de l'appelante. Pourvoi accueilli en partie, le juge La Forest étant dissident.

Allan R. Hilton, Julie Chenette et Serge Gaudet, pour l'appellant.

*Lynne Kassie and Jean-Pierre Sheppard, for the respondent.*

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

GONTHIER J.—This case deals with the legal consequences of a doctor's failure to inform his patient of a cancerous condition and, subsequently, to follow up on the patient's health in the appropriate manner. The Court is asked to consider whether an action can succeed even where it is not proven that the patient's fate would have been different absent the doctor's fault. In particular, the Court must examine the theory of "*perte de chance*", or loss of chance, and determine whether it should be introduced into the civil law of Quebec in matters of medical responsibility.

#### I—Facts and Proceedings

The respondent, Me Nicole Laferrière, acts in her capacity as testamentary executor of the late Mrs. Mireille Fortier-Dupuis. Mrs. Dupuis began proceedings against the appellant, Dr. Ray Lawson, in November 1975, claiming the sum of \$150,000 as damages arising out of the alleged non-fulfillment by Dr. Lawson of his obligations as a medical professional. Mrs. Dupuis died in 1978, before these proceedings had been completed. She was, however, able to testify before her death and did so, at the request of the appellant, on June 21, 1976. Following a judgment of Guérin J. on September 23, 1981, Me Laferrière was authorized to continue the suit on behalf of Mrs. Dupuis. A re-amended declaration, dated November 23, 1983, claimed a total of \$250,000.

In 1970, Mrs. Dupuis, at that time 48 years of age, became increasingly concerned about the presence of an abnormal nodule or lump in her right breast. She consulted her gynecologist who recommended a mammogram, the results of which proved negative. Apparently, these results did not allay Mrs. Dupuis' anxiety. In March 1971, she read an article about Dr. Ray Lawson in the weekend magazine of a Montréal newspaper. She noted that he was an international authority on the treatment of breast cancer, that he

*Lynne Kassie et Jean-Pierre Sheppard, pour l'intimée.*

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE GONTHIER—Le présent pourvoi porte sur les conséquences juridiques de l'omission d'un médecin de renseigner sa patiente sur son état cancéreux et d'assurer par la suite le suivi requis. On demande à notre Cour de déterminer si l'action peut être accueillie même s'il n'est pas établi qu'en l'absence de faute de la part du médecin le sort de la patiente aurait été différent. À cet égard, notre Cour est appelée à examiner la théorie de la «perte de chance» et décider s'il faut incorporer cette théorie dans le droit civil québécois en matière de responsabilité médicale.

#### I—Les faits et les procédures

L'intimée, M<sup>e</sup> Nicole Laferrière, agit en qualité d'exécutrice testamentaire de feu M<sup>me</sup> Mireille Fortier-Dupuis. En novembre 1975, M<sup>me</sup> Dupuis a engagé contre l'appelant, le D<sup>r</sup> Ray Lawson, des procédures dans lesquelles elle réclamait la somme de 150 000 \$ à titre de dommages-intérêts pour inexécution par le D<sup>r</sup> Lawson de ses obligations à titre de médecin. Madame Dupuis est décédée en 1978, en cours d'instance. Elle fut cependant en mesure de témoigner avant son décès et elle l'a fait, à la demande de l'appelant, le 21 juin 1976. Par jugement du juge Guérin, le 23 septembre 1981, M<sup>e</sup> Laferrière est autorisée à reprendre l'instance de la part de M<sup>me</sup> Dupuis. Dans une déclaration réamendée, en date du 23 novembre 1983, elle réclame une somme totale de 250 000 \$.

En 1970, M<sup>me</sup> Dupuis, qui avait alors 48 ans, s'inquiète de plus en plus de la présence d'un nodule ou d'une masse anormale au sein droit. Elle consulte son gynécologue qui lui recommande de subir une mammographie dont les résultats sont négatifs. Ce résultat, semble-t-il ne dissipe pas l'angoisse de M<sup>me</sup> Dupuis. En mars 1971, elle lit un article au sujet du D<sup>r</sup> Ray Lawson dans le supplément hebdomadaire d'un journal montréalais. Elle note sa réputation internationale dans le traitement du cancer du sein,

used the most up-to-date equipment for the detection of breast cancer and that his progressive approach to treatment of such cancer avoided any unnecessary removal of breast tissue. Mrs. Dupuis contacted Dr. Lawson at his Westmount Breast Centre and made an appointment for March 10, 1971.

At the Centre, Mrs. Dupuis underwent a number of diagnostic procedures, including mammogram and thermogram. As a result of these tests, Dr. Lawson recommended an excisional biopsy, or surgical removal of the abnormal mass for more accurate diagnosis. Mrs. Dupuis accepted this proposal.

On April 12, 1971, Mrs. Dupuis was admitted to the Royal Victoria Hospital. Two days later, Dr. Lawson performed the surgery, described in the hospital records as "breast biopsy and excision of lump of right breast". The pathology report, dated April 20, 1971, indicated "intraductal carcinoma with infiltrative growth", that is, cancer of the breast.

Mrs. Dupuis was discharged from the hospital on April 15, 1971. She later saw Dr. Lawson at an outpatient clinic and discussed routine matters such as the healing of the scar left after surgery. According to the trial judge's findings, she was not informed that the lump in her breast was cancerous, and she was not advised as to the appropriate post-operative treatments. No long-term follow-up was arranged for her by Dr. Lawson.

From 1971 to 1974, Mrs. Dupuis underwent regular gynecological check-ups and had no cause during that time to worry about her health. In the fall of 1974, her health began to deteriorate and by March 1975, an eyelid disorder (known as the Claude Bernard-Horner syndrome) developed which caused her doctors to suspect that a cancerous condition had taken hold. One of her doctors looked more closely into his patient's history and by obtaining records from the Royal Victoria Hospital discovered the 1971 diagnosis of cancer of the breast. This information was made known to Mrs. Dupuis in April, 1975.

qu'il utilise le matériel le plus récent pour le dépistage du cancer du sein et que sa méthode progressive de traitement de ce type de cancer évite toute ablation inutile des tissus du sein. Madame Dupuis communique avec le Dr Lawson au Westmount Breast Centre et prend rendez-vous le 10 mars 1971.

Au Centre, M<sup>me</sup> Dupuis subit un certain nombre de tests diagnostiques, dont une mammographie et une thermographie. À la suite de ces tests, le Dr Lawson recommande une biopsie-exérèse ou ablation chirurgicale de la masse anormale pour établir un diagnostic plus précis. Madame Dupuis accepte cette suggestion.

Le 12 avril 1971, M<sup>me</sup> Dupuis est admise à l'hôpital Royal Victoria. Deux jours plus tard, le Dr Lawson procède à l'opération chirurgicale décrite dans le dossier de l'hôpital comme [TRADUCTION] «une biopsie du sein et excision d'une masse au sein droit». Le rapport pathologique, du 20 avril 1971, indique un [TRADUCTION] «carcinome intra-canaliculaire avec infiltration tumorale» c'est-à-dire un cancer du sein.

Madame Dupuis reçoit son congé de l'hôpital le 15 avril 1971. Plus tard, elle voit le Dr Lawson en clinique externe et elle traite avec lui de questions de routine comme la guérison de la cicatrice opératoire. Selon les conclusions du juge de première instance, le médecin ne lui révèle pas que la masse dans son sein est cancéreuse et ne la conseille pas à l'égard de traitements postopératoires à suivre. Le Dr Lawson n'établit pas pour elle de suivi à long terme.

De 1971 à 1974, M<sup>me</sup> Dupuis subit des examens gynécologiques réguliers et elle n'a pas de raison à cette époque de s'inquiéter de son état de santé. À l'automne de 1974, sa santé commence à se détériorer et en mars 1975, elle est atteinte d'une affection de la paupière (connue sous le nom de syndrome de Claude Bernard-Horner) qui fait soupçonner à ses médecins l'existence d'un état cancéreux. Un des médecins examine de plus près les antécédents de la patiente et, grâce au dossier de l'hôpital Royal Victoria, il découvre le diagnostic de cancer du sein posé en 1971. Ces renseignements sont communiqués à M<sup>me</sup> Dupuis en avril 1975.



Subsequently, Mrs. Dupuis underwent surgery to remove nodules which had newly appeared on the right breast. This intervention revealed systemic metastases or generalized cancer requiring removal of the ovaries. Following surgery, Mrs. Dupuis received various treatments, including chemotherapy. She died on January 27, 1978.

## II—Judgments of the Courts Below

### *The Superior Court*

Deslongchamps J. first reviews the facts and concludes that the appellant breached two of the duties traditionally expected of a medical professional: the duty to inform the patient and the duty to follow up on the patient's condition.

As to the first duty, the learned trial judge states that the appellant neither informed the patient that she had cancer of the breast nor advised her as to the various ways in which it could be treated:

[TRANSLATION] I accordingly conclude that the defendant did not inform Mrs. Dupuis that she had cancer. In the case at bar this duty to inform was all the more crucial as there were various ways of treating breast cancer in 1971. By depriving Mrs. Dupuis of this information on her state of health, the defendant also deprived her of her right to choose the treatments which might have been available to her at that time.

Moreover, even if I had concluded that the defendant informed Mrs. Dupuis, there is nothing in the evidence on which I can conclude that the defendant discussed with Mrs. Dupuis, or informed her of, the various treatments available.

The defendant accordingly breached his duty to inform.

He observes with regard to the second duty that the appellant never initiated nor suggested any follow-up, despite the fact that such would have been the normal procedure regardless of the method of treatment selected by doctor and patient.

Turning to proof as to the causal link, Deslongchamps J. approaches the problem in the following way:

Par la suite, M<sup>me</sup> Dupuis subit une opération chirurgicale pour faire enlever des nodosités apparues récemment à son sein droit. Cette intervention révèle l'existence de métastases systémiques ou d'un cancer généralisé exigeant l'ablation des ovaires. Après l'intervention chirurgicale, M<sup>me</sup> Dupuis suit divers traitements, y compris de la chimiothérapie. Elle décède le 27 janvier 1978.

## *b* II—Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

### *La Cour supérieure*

Le juge Deslongchamps examine en premier lieu les faits et conclut que l'appelant a manqué à deux devoirs auxquels un médecin est traditionnellement tenu: le devoir de renseigner le patient et celui d'assurer le suivi de l'état du patient.

Quant au premier devoir, le juge de première instance affirme que l'appelant n'a pas informé la patiente qu'elle souffrait d'un cancer du sein, ni ne l'a conseillée sur les divers traitements possibles:

J'en viens donc à la conclusion que le défendeur n'a pas informé madame Dupuis qu'il y avait cancer. Dans le cas qui nous occupe, cette obligation d'informer était d'autant plus primordiale qu'en 1971, il existait diverses façons de traiter le cancer du sein. En privant madame Dupuis de cette information sur son état de santé, le défendeur privait également de son droit de choisir les traitements qui pouvaient lui être disponibles à cette époque.

D'ailleurs même si j'en étais venu à la conclusion que le défendeur avait informé madame Dupuis, rien dans la preuve ne me permet de conclure que le défendeur a discuté ou informé madame Dupuis des divers traitements disponibles.

Le défendeur a donc manqué à son obligation d'informer.

Il mentionne au sujet du deuxième devoir que l'appelant n'a jamais entrepris ni proposé quelque suivi que ce soit malgré qu'il eût été normal de le faire quel que soit le type de traitement choisi par le médecin et la patiente.

Passant à la preuve du lien de causalité, le juge Deslongchamps aborde la question comme ceci:

[TRANSLATION] As the defendant's fault has been established, it remains to be determined whether that fault was the cause of the damage alleged, namely the premature death of Mrs. Dupuis and the pain, anxiety, hardship and loss of enjoyment of life she may have undergone.

He then reviews the expert evidence and notes that in 1971 there were at least two schools of thought on how to treat breast cancer. The standard procedure at that time was to perform a radical mastectomy, removing the tumor along with surrounding breast tissue and nodes, and to follow up with irradiation. A non-conformist but medically recognized procedure favoured by the appellant involved removing the tumor alone and employing no irradiation. Expert opinion at the time was, in the opinion of the trial judge, divided as to the relative merits of these two procedures and showed no statistically relevant difference in survival rate.

Deslongchamps J. concludes as follows:

[TRANSLATION] All this expert evidence, including the statistical results obtained regarding the survival of patients suffering from breast cancer, cannot persuade me that it was probable in 1971 that Mrs. Dupuis' chances of survival would have been greater if she had undergone a treatment other than that given by the defendant.

Unfortunately, all the scientific evidence only confirms the insidious and unforeseeable nature of the development of a cancer, including the degree and duration of the suffering and hardship associated with such an illness.

The Court accordingly concludes that there is no causal link between the defendant's fault and the damage claimed by the plaintiff.

The learned trial judge accordingly rejects the respondent's action on the merits. He acknowledges, however, the injustice of requiring the respondent to pay the substantial costs of the action given the clear fault of the appellant, and, accordingly, he accedes to the respondent's claim for costs.

La faute du défendeur ayant été établie, reste à déterminer si cette faute est la cause du dommage allégué, à savoir le décès prématuré de madame Dupuis et les douleurs, ennuis, inconvénients, diminution de la jouissance de la vie qu'elle a pu subir.

Il examine ensuite les témoignages d'experts et note qu'en 1971 il y avait au moins deux écoles de pensée sur la façon de traiter le cancer du sein. La procédure généralement admise à l'époque était de procéder à une mastectomie radicale, soit l'ablation de la tumeur et des tissus environnants ainsi que des nodosités, et de faire suivre cette opération d'une irradiation. Une procédure moins courante, mais néanmoins reconnue, que préférait l'appelant, comportait l'ablation de la seule tumeur sans recours à l'irradiation. Les avis étaient, selon le juge de première instance, partagés à l'époque quant à la valeur relative de chacune de ces deux procédures qui ne permettaient pas de constater de différence statistique pertinente dans les taux de survie.

Le juge Deslongchamps conclut ainsi:

Toute cette preuve d'expertise, y compris les résultats statistiques obtenus, eu égard à la survie des malades atteints de cancer du sein, ne peut me convaincre qu'en 1971, il était probable que les chances de survie de madame Dupuis auraient été plus grandes, si elle avait subi un traitement autre que celui pratiqué par le défendeur.

Toute la preuve scientifique n'a pu malheureusement que confirmer le caractère sournois et imprévisible de l'évolution d'un cancer, y compris le degré et la durée des souffrances et inconvénients rattachés à une telle maladie.

La Cour en vient donc à la conclusion qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la faute du défendeur et le dommage réclamé par la partie demanderesse.

Le juge de première instance rejette donc l'action de l'intimée sur le fond. Il reconnaît cependant qu'il serait injuste d'exiger de l'intimée qu'elle acquitte les dépens importants de l'action vu la faute manifeste de l'appelant et, en conséquence, il fait droit à la demande de l'intimée quant aux dépens.

*The Court of Appeal*

The appeal was heard by a bench composed of Vallerand and Jacques J.A. and Moisan J. (*ad hoc*) (*Laferrière v. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27). All three judges gave reasons, and together they provide an excellent discussion of the complicated issues which we encounter in this case. I will first summarize the concurring opinions of Jacques J.A. and Moisan J. and will then treat the dissenting opinion of Vallerand J.A.

Jacques J.A. reviews the facts of the case without significant variation from the account provided by the trial judge. He notes that the trial judge based his decision on the absence of a causal link between the fault of the appellant and the damage suffered by Mrs. Dupuis. This prompts Jacques J.A. to reconsider the case by focussing on the head of damages referred to as "*la perte d'une chance*" or the loss of a chance, a characterization which was not directly considered by the trial judge.

Quoting French and Quebec sources, Jacques J.A. points out that loss of chance was initially viewed with circumspection but is now a recognized head of damages. He states that the classic case of loss of chance arises where a lawyer or notary allows a client's rights to lapse (he cites, by way of example, *Brabander v. Goulet*, [1985] C.A. 36), a situation which is also recognized in the common law (and here he cites *Wilson v. Rowswell*, [1970] S.C.R. 865).

Turning to the facts of this case, Jacques J.A. states that it is clear that Mrs. Dupuis lost a chance to obtain the treatment that her condition required and that this loss was definitive. More specifically, the failure of her doctor to inform her properly and to follow up on her condition meant that she could not opt for the potential benefits of irradiation and chemotherapy treatments and could not benefit from the earliest discovery and treatment of any recurrence of the cancer. The fault of Dr. Lawson therefore resulted in the loss of a real and serious chance to benefit from proper medical care.

*La Cour d'appel*

L'appel a été entendu par un banc composé des juges Vallerand, Jacques et Moisan (*ad hoc*) (*Laferrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27). Les trois juges ont rédigé des motifs et, ensemble, ils fournissent une excellente analyse des questions complexes soulevées dans cette affaire. Je résumerai d'abord les motifs majoritaires des juges Jacques et Moisan et ensuite la dissidence du juge Vallerand.

Le juge Jacques examine les faits de l'espèce en reprenant pour l'essentiel l'exposé du juge de première instance. Il souligne que ce dernier a fondé sa décision sur l'absence de lien de causalité entre la faute de l'appelant et le préjudice subi par M<sup>me</sup> Dupuis. Cette solution amène le juge Jacques à réexaminer l'affaire dans l'optique du chef de dommage désigné comme «perte de chance», aspect dont le juge de première instance n'avait pas directement tenu compte.

Citant des sources françaises et québécoises, le juge Jacques souligne qu'à l'origine on a envisagé avec réserve la perte de chance, mais qu'il s'agit maintenant d'un chef de dommage reconnu. Il mentionne que l'exemple classique de perte de chance est le cas de l'avocat ou du notaire qui laisse les droits d'un client s'éteindre (il cite, à titre d'exemple, l'arrêt *Brabander c. Goulet*, [1985] C.A. 36), une situation qui est aussi reconnue en common law (et ici il cite l'arrêt *Wilson c. Rowswell*, [1970] R.C.S. 865).

Passant aux faits de l'affaire, le juge Jacques dit qu'il est manifeste que M<sup>me</sup> Dupuis a perdu la chance de subir le traitement que son état exigeait et que cette perte a été définitive. Plus précisément, l'omission du médecin de la renseigner adéquatement et d'assurer le suivi en fonction de son état a fait en sorte qu'elle n'a pu opter pour les effets bénéfiques des traitements d'irradiation et de chimiothérapie et qu'elle n'a pu profiter du dépistage et du traitement précoces de toute récurrence du cancer. La faute du Dr Lawson a donc entraîné la perte d'une chance réelle et sérieuse de profiter de soins médicaux appropriés.

In the opinion of Jacques J.A., the extent of the damage is to be determined according to the likelihood of success of such proper medical care. Had cure been a certainty, the damages would have been pitched at the maximum level. In the present case, medical science held out some hope, however small. After acknowledging the difficulties inherent in quantifying damage, he estimates the value of the lost chance at \$50,000.

In coming to this conclusion, he stresses that his observations are not inconsistent with the findings of the trial judge. First, he notes, at p. 36, that the fault which deserves attention is not the choice of a surgical technique in 1971 but rather the failure to inform the patient and follow up on her condition:

[TRANSLATION] The fault alleged against Dr. Lawson is not that he chose one type of procedure rather than another. The fault is that he failed to inform the patient of her condition, with the result that she was unable to take advantage of the available care.

Furthermore, Jacques J.A. stresses that the trial judge dealt only with one aspect of the damage, that which was said to be linked to the choice of the proper surgical procedure in 1971. The conclusion regarding the absence of a causal link is not disputed at this point in the analysis. Jacques J.A. differentiates his approach from that of the trial judge, at pp. 36-37:

[TRANSLATION] [The trial judge's] conclusion is not challenged on appeal, as the appeal deals only with a particular aspect of the damage. The probability that available care would have been more or less successful is only one of the factors and relates only to assessing one aspect of the damage. Apart from that aspect, there is what was described by Dr. Crile as follows:

And I would like to say in conclusion that it is worthwhile to have patients seen and treated early—it is the only thing we know that if [*sic*] of any good—and I think that with the simplification of the treatment of breast cancer, women are beginning to lose [*sic*] their fear of the treatment of breast cancer and, perhaps, they will come earlier. And that will be a significant way of improving the survival.

De l'avis du juge Jacques, l'étendue du préjudice doit être déterminée en fonction de la probabilité de réussite des soins médicaux appropriés. Si la guérison avait été certaine, les dommages-intérêts atteindraient le niveau maximal. En l'espèce, la science médicale permettait un certain espoir, même s'il était mince. Après avoir reconnu les difficultés inhérentes à l'évaluation du préjudice, il a estimé la valeur de la chance perdue à 50 000 \$.

Pour arriver à cette conclusion, il souligne que ses observations ne sont pas incompatibles avec les constatations du juge de première instance. D'abord, il note, à la p. 36, que la faute qu'il faut relever ne porte pas sur le choix d'une technique chirurgicale utilisée en 1971, mais plutôt l'omission de renseigner la patiente et d'assurer le suivi de son état:

La faute reprochée au Dr Lawson n'est pas d'avoir choisi un type d'intervention plutôt qu'un autre. La faute est d'avoir fait défaut d'informer la patiente de son état, avec la conséquence qu'elle n'a pu profiter des soins disponibles.

De plus, le juge Jacques souligne que le juge de première instance n'a traité que d'un aspect du préjudice, celui qui, a-t-on dit, était associé au choix de la bonne procédure chirurgicale en 1971. La conclusion relative à l'absence de lien de causalité n'est pas contestée à cette étape de l'analyse. Le juge Jacques distingue ainsi son approche de celle du juge de première instance, aux pp. 36 et 37:

[La] conclusion [du premier juge] n'est pas remise en question par l'appel, car il ne porte que sur un aspect particulier du préjudice. La probabilité du succès plus ou moins important des soins disponibles n'est que l'un des facteurs et il ne porte que sur l'évaluation d'un aspect du préjudice. Outre cet aspect, il y a celui qui est ainsi décrit par le Dr Crile:

[TRADUCTION] Et j'aimerais ajouter en terminant qu'il vaut la peine pour un patient d'être vu et suivi tôt—c'est la seule chose que nous savons et qui soit utile—et je crois qu'avec la simplification du traitement du cancer du sein, les femmes commencent à se débarrasser de leur crainte du traitement du cancer du sein et, peut-être, se présenteront-elles plus vite. Et que ce sera un moyen important d'améliorer le taux de survie.

This damage is all that is at issue on appeal. As this specific aspect was not dealt with by the trial judge, I am of the view that there is a basis for intervening.

Mrs. Dupuis lost this opportunity to have follow-up care and take advantage of available treatment.

As noted earlier, Jacques J.A. then proceeds to establish the extent and value of the chance which Mrs. Dupuis lost, focussing not on the consequences of the surgical procedure chosen by Dr. Lawson in 1971 but on the benefits which would have accrued to her had the proper information and follow-up been provided.

I turn now to the concurring reasons of Moisan J.

He introduces his reasons by noting that the evidence indicated that Mrs. Dupuis was the type of person who, properly informed of the nature of her illness, would have done everything possible to protect her health. In his view, she would have ensured that she had adequate follow-up for herself and would have accepted such appropriate treatments as were available. The difficulty in this case, in his view, lies not in the facts but in the law, particularly as concerns the notion of loss of chance.

Moisan J. takes care first to define what he understands by the word "chance". He puts aside a definition of chance as "blind luck" and chooses instead a definition which can be described as an opportunity whose realization is linked to factors such as hard work, determination, information and decision-making. Such a chance is larger or smaller depending on whether the appropriate action is taken at the opportune moment. And it can only be taken where one is aware of the existing situation and the risks which surround it.

He observes that Mrs. Dupuis was unaware of the true state of her health, of the serious risks associated which applied to her case, and of the means at her disposal in order to ward them off. Accordingly, she could not take advantage of the chance which presented itself for early detection and treatment of any new cancer. This amounted to damage linked to the fault of the doctor.

C'est uniquement ce préjudice qui est invoqué en appel. Comme cet aspect précis n'est pas traité par le premier juge, je suis d'avis qu'il y a lieu d'intervenir.

Dame Dupuis a perdu cette opportunité d'être suivie et de se prévaloir des traitements disponibles.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge Jacques entreprend ensuite de déterminer l'étendue et la valeur de la chance perdue par M<sup>me</sup> Dupuis, dans l'optique non pas des conséquences de la procédure chirurgicale choisie par le D<sup>r</sup> Lawson en 1971, mais des avantages qu'elle aurait tirés si elle avait disposé des renseignements et du suivi appropriés.

J'analyse maintenant les motifs du concours du juge Moisan.

Il signale d'emblée que la preuve indique que M<sup>me</sup> Dupuis était le genre de personne qui, si elle avait été bien informée de la nature de sa maladie, n'aurait rien négligé pour protéger sa santé. À son avis, elle se serait fait suivre adéquatement et aurait accepté de subir les traitements appropriés et disponibles. En l'espèce, selon lui, la difficulté ne tient pas aux faits, mais au droit, plus précisément à la notion de perte de chance.

Le juge Moisan prend d'abord la peine de définir ce qu'il entend par le mot «chance». Il écarte d'abord la définition du mot «chance» comme signifiant «hasard aveugle» et choisit plutôt le sens qui correspond à une possibilité de réussite dont la réalisation dépend de certains facteurs comme le travail assidu, la détermination, l'information et la prise de décisions. La chance, dans ce sens, est plus ou moins grande selon que l'on accomplit les actes appropriés au moment opportun. Cette chance ne peut être prise que si l'on est au courant de la situation existante et des risques qu'elle présente.

Il fait observer que M<sup>me</sup> Dupuis ne connaissait pas l'état véritable de sa santé, ni la gravité des risques qu'elle courait, ni les moyens qu'elle pouvait prendre pour les conjurer. En conséquence, elle n'a pas pu bénéficier de la chance qui s'offrait en ce qui concerne le dépistage et le traitement précoces de tout nouveau cancer. Il en est résulté un préjudice lié à la faute du médecin.

He then addresses the objections to this approach. It was argued that there was neither certainty nor probability that, even with all the information and means at her disposal, Mrs. Dupuis would have succeeded in prolonging her life. He agrees that there was no certainty, but he questions the view that positive results were simply possible and not probable. He notes that even in 1971 medical science had many tests and treatments at its disposal and that these represented a chance, or an opportunity in his terms, to be cured, or at least to prolong one's life. To deny this would be to assume that the methods had no value or, at best, that they represented no more than pure chance or blind luck, and Moisan J. is not prepared to assume either. At page 38, he states:

[TRANSLATION] A prognosis is difficult to make in situations where a person's health and life are at stake. Maintaining health, a return to health, the prolonging of life are influenced by a host of factors such as heredity, early treatment, positive or negative reaction to treatment and undoubtedly a great many other factors. Even assuming that all the factors involved may have complicated, even conflicting or negative, influences on the outcome, no one can absolutely exclude the probability of greater longevity or even the possibility of a cure . . .

The difficulty of determining the more or less great possibility or, if you like, the more or less slim probability—these concepts are in my view so close to each other that they sometimes overlap—results from the fact that one has to speculate on the consequences of the events which might have occurred but did not occur and necessarily will not occur.

I hope that I do not misrepresent the learned judge in interpreting these statements as meaning that whatever the likelihood of possible cure or probable improvement one cannot deny that an opportunity presented itself, and that it was lost as a result of the doctor's fault. Further, Moisan J. acknowledges the difficulty inherent in speculating on what might have been, a particularly demanding task when dealing with events which are future and uncertain, but he stresses that courts regularly perform this task. In such cases, judges refer to well-known notions such as [TRANSLATION] "the behaviour of a reasonable and prudent man, the natural order of things, the usual

Il aborde ensuite les objections soulevées par cette analyse. On a soutenu qu'il n'y avait ni certitude, ni probabilité que, même avec tous les renseignements et les moyens dont elle disposait, M<sup>me</sup> Dupuis aurait réussi à prolonger sa vie. Il reconnaît qu'il n'y a pas de certitude, mais il met en doute le point de vue selon lequel des résultats positifs étaient simplement possibles et non probables. Il souligne que, même en 1971, la science médicale disposait de nombreux tests et traitements et que ceux-ci représentaient une chance, ou une possibilité, selon son expression, de guérir ou, du moins, de prolonger la vie. Le nier revient à présumer que ces traitements n'avaient aucune valeur ou que, tout au mieux, ils ne représentaient rien de plus qu'une pure chance ou un hasard aveugle, ce que le juge Moisan n'est pas prêt à présumer non plus. À la page 38, il dit:

Les pronostics sont difficiles à établir dans les situations où la santé et la vie d'une personne sont en cause. Le maintien de la santé, le retour à la santé, la prolongation des jours sont influencés par une foule de facteurs comme l'hérédité, l'entreprise hâtive d'un traitement, la réaction positive ou négative ou (*sic*) traitement et sans doute bien d'autres facteurs. Même en admettant que tous les facteurs en cause peuvent jouer des rôles compliqués, voire conflictuels et négatifs, on ne peut nier cent pour cent la probabilité d'une longévité plus grande, ni même la possibilité d'une guérison . . .

La difficulté de cerner les possibilités plus ou moins grandes ou, si l'on préfère, les probabilités plus ou moins minces—ce sont pour moi, des concepts qui se côtoient au point de parfois se confondre—provient du fait qu'on doit spéculer sur les conséquences d'événements qui auraient pu se produire, mais qui ne sont pas arrivés et qui forcément n'arriveront pas.

J'espère que je ne dénature pas la pensée du juge en interprétant ces affirmations comme voulant dire que, quelle qu'ait été la probabilité de guérison ou d'amélioration, on ne saurait nier l'existence d'une possibilité qui a été perdue à cause de la faute du médecin. De plus, le juge Moisan reconnaît la difficulté inhérente qu'il y a de conjecturer sur ce qui aurait pu survenir, la difficulté étant d'autant plus grande qu'il s'agit d'événements futurs et incertains, mais il souligne qu'il s'agit là d'une tâche familière aux tribunaux. En tels cas, les juges font appel à des notions bien connues comme celles de «la conduite de l'homme raisonnable et prudent, à l'ordre naturel

sequence of cause and effect and, in short, the normal and ordinary course of events" (p. 39), and they use such notions to establish, at p. 39:

[TRANSLATION] . . . what the situation would have been if the event involving fault had not given it a different direction. Rejecting extreme positive or negative scenarios, seeking an objective, broad and general assessment and not a subjective estimate closely connected to the victim, they tend to arrive at the situation that would reasonably and probably have prevailed.

He also acknowledges that the task is particularly difficult in medical cases where so many unknown factors are at work. However, this does not, in his view, license the courts to abandon the task, adopt the most pessimistic scenario and deny that the patient had any chance or opportunity to improve her condition.

Moisan J. criticizes the trial judge for giving insufficient consideration to the opportunity which Mrs. Dupuis missed as a result of Dr. Lawson's inaction. There was too much attention paid to the choice of a particular surgical method in 1971 and to the insidious and often fatal character of the disease. Moisan J. states emphatically that in his view Mrs. Dupuis had a reasonable and probable chance to improve her lot had she been informed of her condition and correctly advised as to the proper preventive and curative measures to take.

By way of final comments, he deals with the question of whether the loss of a chance or opportunity can by itself give rise to damages, that is, independently of any prediction as to what the situation might have been in the absence of the alleged fault. In his view, this question should be answered in the affirmative. The loss of a chance—understood in his terms as an opportunity—is a result or a consequence. It is not a cause, as some have argued.

In his view, the cause in this case was Dr. Lawson's failure to inform and follow up, and the consequence of this fault was the loss of Mrs. Dupuis' right to make an informed decision regarding the action she should take to promote her health. Moisan J. concludes that this was [TRANSLATION] "an unlawful deprivation of a right and of a freedom of choice, caused

des choses, à l'enchaînement habituel des causes et des effets et, somme toute, au déroulement normal et courant des événements» (p. 39) et ils ont recours à ces notions pour établir, à la p. 39:

. . . ce qu'aurait été la situation, n'eût été l'événement fautif qui l'a orientée différemment. Écartant les scénarios positifs ou négatifs extrêmes, recherchant une appréciation objective, large et générale et non une estimation subjective liée étroitement à la victime, ils tendent à dégager la situation qui aurait raisonnablement et probablement prévalu.

Il reconnaît aussi que la tâche est particulièrement difficile dans les affaires médicales où se conjuguent de multiples facteurs inconnus. Cependant, cela n'autorise pas le tribunal, à son avis, à se dérober, à adopter le scénario le plus pessimiste et à nier que le patient avait une chance ou possibilité quelconque d'améliorer son état.

Le juge Moisan reproche au juge de première instance de ne pas avoir suffisamment tenu compte de la possibilité que M<sup>me</sup> Dupuis a ratée à cause de l'inaction du D<sup>r</sup> Lawson. On a trop prêté attention au choix du type d'intervention chirurgicale retenu en 1971 et au caractère sournois et souvent fatal de la maladie en cause. Le juge Moisan insiste sur le fait que, selon lui, M<sup>me</sup> Dupuis aurait eu des chances raisonnables et probables d'améliorer son sort, si elle avait été informée de son état et correctement guidée sur les mesures préventives et curatives à adopter.

Dans un commentaire final, il examine si la perte d'une chance ou d'une possibilité peut en soi donner lieu à des dommages-intérêts, c'est-à-dire, indépendamment de toute prédiction sur ce qui aurait pu se produire sans la faute alléguée. À son avis, il faut répondre par l'affirmative. La perte d'une chance—au sens d'une possibilité—est un résultat ou une conséquence. Il ne s'agit pas d'une cause, comme certains l'ont soutenu.

Selon lui, la cause en l'espèce a été l'omission du D<sup>r</sup> Lawson d'informer la patiente et d'assurer son suivi, et la conséquence de cette faute a été la perte du droit de M<sup>me</sup> Dupuis de prendre une décision éclairée quand à ce qu'elle devait faire pour préserver sa santé. Le juge Moisan conclut que c'est là la «privation illégale d'un droit et d'une liberté de choix,

by fault" (p. 40), and he relates this deprivation to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

He summarizes his reasons at p. 40:

[TRANSLATION] In my view loss of chance is first and foremost loss of the exercise of a right, in this case the right to dispose of one's person, the right to take decisions affecting one's life and health oneself. The Court must provide a penalty for such a loss: it must order at least nominal compensation.

It must then go further and consider the possible positive results that might follow from the situation which would have existed if the fault had not been committed.

In coming to a decision on the damages appropriate in such a case, Moisan J. points to the great frustration and anguish which Mrs. Dupuis must have felt upon learning that her cancer was in an advanced stage and that it might have been effectively treated and perhaps cured had it been dealt with properly at an earlier time. Taking this psychological damage together with the loss of chance, he expresses his agreement with the global award of \$50,000 suggested by Jacques J.A.

The dissenting reasons of Vallerand J.A. address the arguments put forward in both majority opinions. The learned judge begins by setting out the factual findings at trial, by which he feels bound, and he relates these to the standard civil law approach to civil liability, at p. 29:

[TRANSLATION] However appropriate the follow-up and treatment that might have been undertaken at the outset may have been, it is not *probable* and, needless to say, not *certain* that a remission, much less a cure would have been the outcome.

Those are the facts which the trial judge accepted at the conclusion of a careful study of the evidence, and disregarding the strenuous objections of the respondent physician, I can find no reason to intervene.

Having thus found that the surgeon committed two clear faults, the judgment *a quo* nevertheless dismisses the action essentially on the ground that in civil law that which is neither *certain* nor *probable* but merely *possible*—here, a remission or cure—is not proven, and as

causée par une faute» (p. 40) et il fait le lien entre cette privation et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

a Il résume ainsi ses motifs, à la p. 40:

À mon avis, la perte de chance, c'est d'abord et avant tout la privation d'exercice d'un droit, en l'occurrence du droit de disposer de sa personne, du droit de prendre soi-même les décisions qui touchent sa vie et sa santé. Le Tribunal doit sanctionner cette perte; il doit ordonner une réparation à tout le moins nominale.

c Il doit ensuite aller plus loin et s'interroger sur l'éventualité de résultats heureux pouvant découler de la situation qui aurait existé, n'eût été la faute commise.

d Pour en arriver à une décision sur les dommages-intérêts qu'il convient d'accorder en pareil cas, le juge Moisan fait état de la grande frustration et de l'angoisse que M<sup>me</sup> Dupuis doit avoir ressenties en apprenant que le cancer dont elle souffrait était rendu à un stade avancé et qu'il aurait pu être efficacement traité et peut-être même guéri s'il avait été soigné correctement et plus tôt. Considérant ce préjudice psychologique et la perte de chance, il se dit d'accord avec la proposition du juge Jacques d'accorder une indemnité globale de 50 000 \$.

f Dans ses motifs de dissidence, le juge Vallerand analyse les arguments avancés dans les deux opinions majoritaires. Le juge commence par énoncer les constatations de fait du juge de première instance, auxquelles il se sent lié, et il les rapproche de la norme de droit civil en matière de responsabilité civile, à la p. 29:

h Tout indiqués qu'eussent été le suivi et les traitements qu'on aurait mis en œuvre au départ, il n'est pas *probable* et, il va de soi, pas *certain* qu'ils auraient débouché sur une rémission, voire une guérison.

i Ce sont là les faits que, aux termes d'une étude soignée des preuves, le premier juge a retenus et, au-delà des protestations du médecin intimé, je ne puis trouver aucun motif d'intervenir.

j Ayant ainsi retenu deux fautes caractérisées du chirurgien, le jugement entrepris rejette néanmoins l'action au motif essentiel qu'en droit civil ce qui n'est ni *certain* ni *probable* mais simplement *possible*—ici la rémission ou la guérison—n'est pas prouvé et, à ce titre, ne saurait



such cannot be the basis for a causal connection between the fault and the damage. [Emphasis in original.]

It is not surprising, then, that he is unable to subscribe to the view of Moisan J. who was inclined to believe that, appropriately informed and correctly followed, Mrs. Dupuis would have had a reasonable and probable opportunity to improve her condition. He notes that Jacques J.A., unlike his colleague Moisan J., saw no probable improvement or cure absent the doctor's fault. On this point, Vallerand J.A. agrees. His argument diverges on the question of whether to accept the theory of loss of chance.

He notes that the loss of chance theory has been applied by the *Cour de cassation* in France in sometimes ambiguous fashion and that it has attracted mixed response from French doctrinal writers. He summarizes the theory in the following way, at p. 29:

[TRANSLATION] In short, if I have understood this theory correctly, it concedes that a party cannot obtain compensation for damage which is not probably or certainly the consequence of the fault, but may on the other hand obtain compensation for the quite different damage represented by the simple loss of a chance for a better outcome. Once a mere possibility is accepted, that possibility is transformed into a *loss of chance* which is itself connected with the original fault according to the traditional rules of causation. [Emphasis in original.]

While admitting that the theory is not without seductive qualities, he asserts that the courts of Quebec are not bound by developments in the civil law of France, however interesting they might be. The civil law of Quebec, in his view, accepts nothing less than proof of the causal link on the balance of probabilities. He points out that in the *Brabander* and *Wilson* cases, *supra*, referred to by Jacques J.A., the successful realization of the chance was probable, and classical rules regarding causation therefore applied. If loss of chance is to be accepted at all, it can only be as a head of damage, not as a means of shoring up inadequacies in the proof regarding the causal link.

fonder le rapport causal entre la faute et le préjudice. [En italique dans l'original.]

<sup>a</sup> Il n'est donc pas surprenant qu'il ne puisse se ranger à l'avis du juge Moisan qui est porté à croire que si elle avait été informée adéquatement et suivie convenablement, M<sup>me</sup> Dupuis aurait eu une possibilité raisonnable et probable d'améliorer son état. Il note que le juge Jacques, à la différence du juge Moisan, ne voyait pas de probabilité d'amélioration ou de guérison, même sans faute de la part du médecin. Sur ce point, le juge Vallerand est du même avis. Son opinion est différente sur la question de savoir s'il faut accepter la théorie de la perte de chance.

<sup>d</sup> Il signale que la théorie de la perte de chance a été appliquée par la Cour de cassation, en France, parfois d'une manière ambiguë et qu'elle a suscité des réactions mixtes chez les auteurs de doctrine français. Il résume la théorie de la manière suivante, à la p. 29:

<sup>e</sup> Bref, si je l'ai bien cernée cette théorie, elle concède qu'on ne pourra pas obtenir la réparation du préjudice qui n'est pas probablement ou sûrement le résultat de la faute, mais on obtiendra en revanche la réparation de ce préjudice tout à fait différent qu'est la simple perte d'une chance que les choses aient mieux tourné. Et, dès qu'on retient une simple possibilité, cette possibilité se traduit en *perte de chance* qui est, elle, reliée, selon les règles traditionnelles de la causalité, à la faute originale. [En italique dans l'original.]

<sup>g</sup> Tout en reconnaissant que la théorie ne va pas sans séduire, il affirme que les tribunaux québécois ne sont pas liés par l'évolution du droit civil en France, aussi intéressante qu'elle puisse être. Le droit civil québécois, à son avis, n'exige rien de moins que la preuve de l'existence du lien de causalité selon la prépondérance des probabilités. Il souligne que, dans les arrêts *Brabander* et *Wilson*, précités et aussi mentionnés par le juge Jacques, la réalisation fructueuse de la chance était probable et que les règles classiques en matière de causalité s'appliquaient donc. Si tant est qu'il faut accepter la perte de chance, ce ne peut être que comme chef de dommage, et non comme moyen de suppléer aux carences de la preuve concernant le lien de causalité.

Vallerand J.A. cites at some length and adopts the arguments of René Savatier (“Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l’assurance de responsabilité médicale” (1973), 44 *Rev. gén. ass. terr.* 457, and “Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d’un dommage sans l’avoir causé?”, D.1970.Chron.123, at pp. 124-25) and Geneviève Viney (*Traité de droit civil*, vol. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions* (1982), at p. 437). Both of these respected French authors are critical of the unnecessarily artificial nature of the loss of chance theory.

Taking into consideration the unchanged status of the classical rules of causation in the civil law of Quebec and the uncertain reception of the new theory in France, he declines the opportunity to innovate by recognizing loss of chance, preferring to leave that radical step to the legislator.

He then looks briefly at loss of chance as a head of damages and notes that it is properly recognized here. He points out that Jean-Louis Baudouin (*La responsabilité civile délictuelle* (1985)) discusses loss of chance in the chapter on “le dommage” (damage) and makes no mention of it under his discussion of “*lien de causalité*” (causal link).

Turning finally to the question of damages in the case before him, Vallerand J.A. states that even if he had been inclined to award damages based on the loss of chance he would not have awarded as much as his colleagues. He would, however, be prepared to recognize the frustration and anguish which Mrs. Dupuis no doubt felt on learning that but for the omissions of her doctor things might have been different. This damage is not the loss of a chance but the actual psychological suffering. He values this damage at \$5,000.

### III—Issues

In this action the respondent seeks the following damages, as described in the re-amended declaration, dated November 23, 1983:

Le juge Vallerand cite abondamment René Savatier («Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l’assurance de responsabilité médicale» (1973), 44 *Rev. gén. ass. terr.* 457, et «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d’un dommage sans l’avoir causé?», D.1970.Chron.123, aux pp. 124 et 125) et Geneviève Viney (*Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions* (1982), à la p. 437), aux arguments desquels il se range. Ces deux auteurs français respectés critiquent la nature inutilement artificielle de la théorie de la perte de chance.

Tenant compte de l’absence de changement dans les règles classiques du lien de causalité en droit civil québécois et de l’accueil incertain de la nouvelle théorie en France, il refuse d’innover en reconnaissant la perte de chance, préférant laisser cette mesure radicale aux soins du législateur.

Il examine ensuite brièvement la perte de chance comme chef de dommage et signale qu’elle est légitimement admise ici. Il souligne que Jean-Louis Baudouin (*La responsabilité civile délictuelle* (1985)) parle de la perte de chance dans le chapitre portant sur «le dommage» et n’en fait pas mention quand il traite du «lien de causalité».

Abordant enfin la question des dommages-intérêts dans l’affaire dont il est saisi, le juge Vallerand déclare que même s’il avait été enclin à accorder des dommages-intérêts pour la perte de chance, il n’aurait pas accordé une somme aussi considérable que celle qu’ont accordée ses collègues. Il aurait cependant été prêt à reconnaître la frustration et l’angoisse que Mme Dupuis a sans doute éprouvées en apprenant que les choses auraient pu se dérouler autrement n’eût été l’omission de son médecin. Ce préjudice est non pas la perte d’une chance, mais la souffrance psychologique réelle. Il a évalué ce préjudice à 5 000 \$.

### III—Les questions en litige

Dans la présente action, l’intimée réclame les dommages-intérêts suivants, selon la déclaration réamendée, en date du 23 novembre 1983:

[TRANSLATION] Mrs. Dupuis suffered incalculable damage, including permanent and constant anguish, suffering and discomfort;

For pain, anxiety, hardship and loss of enjoyment of life, [the respondent] is claiming [from the appellant] the sum of \$150,000;

For the premature death of Mrs. Dupuis, [the respondent] is claiming [from the appellant] the sum of \$100,000.

I am inclined to agree with Vallerand J.A. and, effectively, a unanimous Court of Appeal that the claim for anguish and frustration must be accepted. This aspect of the damages was not dealt with by the trial judge. There is no doubt in my mind that the appellant's fault was directly related to the great, unnecessary psychological stress which Mrs. Dupuis faced upon learning that she had gone four years without knowing of her cancerous condition and without undergoing the follow-up, monitoring and treatment that was appropriate in her case. I will discuss the quantum of this head of damages later in my reasons.

On appeal, the damages relating to physical pain and suffering and premature death were, given the trial judge's findings, argued primarily on the basis of loss of chance. As I have already noted, a majority of the Court of Appeal was willing to recognize damages on this basis, and it is necessary for this Court to reconsider such apparently innovative reasoning.

I propose to analyze the matter in the following way. I will first attempt to define loss of chance, and this will necessarily involve a consideration of the voluminous authority on the subject which has emerged, principally in France and Belgium. Recently the courts and commentators in Quebec have had occasion to comment on loss of chance, and I will be particularly interested in those opinions before coming to a decision on whether, or perhaps to what extent, loss of chance now forms a part of the law of Quebec. This will, of course, involve a critical analysis of loss of chance, all the while keeping in mind what has, until now, been considered the classical approach to civil responsibility.

Madame Dupuis a souffert de dommages incalculables incluant l'angoisse, la souffrance et l'inconfort permanent et constant;

Pour douleurs, ennuis, inconvénients, diminution de la jouissance de la vie, [l'intimée] réclame [de l'appellant] la somme de \$150,000.00;

Pour le décès prématuré de Madame Dupuis, [l'intimée] réclame [de l'appellant] la somme de \$100,000.00.

Je suis porté à souscrire à l'avis du juge Vallerand et, en fait, de la Cour d'appel à l'unanimité, qu'il faut faire droit à la réclamation pour angoisse et frustration. Cet aspect des dommages-intérêts n'a pas été considéré par le juge de première instance. Je ne doute pas que la faute de l'appellant soit directement liée au stress psychologique considérable et inutile que M<sup>me</sup> Dupuis a ressenti en apprenant qu'elle avait vécu pendant quatre ans sans savoir qu'elle souffrait d'un cancer et sans bénéficier du suivi, du contrôle et du traitement qui auraient été indiqués dans son cas. Je traiterai plus loin du montant des dommages-intérêts relatifs à ce chef.

En appel, compte tenu des conclusions du juge de première instance, on a traité du préjudice résultant des souffrances physiques et de la mort prématurée surtout en fonction de la perte de chance. Comme je l'ai déjà signalé, la Cour d'appel, à la majorité, était prête à accorder des dommages-intérêts relatifs à ce chef et il est nécessaire que notre Cour examine un raisonnement aussi manifestement innovateur.

Je me propose de procéder à l'analyse du sujet de la manière suivante. Je tenterai d'abord de définir la perte de chance, ce qui m'amènera forcément à examiner l'abondante doctrine sur le sujet, surtout celle de France et de Belgique. Récemment, les tribunaux et les auteurs de doctrine du Québec ont eu l'occasion de s'exprimer sur la perte de chance et je m'intéresserai particulièrement à ces avis avant de déterminer si, ou peut-être dans quelle mesure, la perte de chance fait maintenant partie du droit québécois. Il me faudra évidemment procéder à une analyse critique de la perte de chance tout en gardant à l'esprit ce que l'on a retenu jusqu'à maintenant comme la façon classique d'aborder la responsabilité civile.

In the end, I conclude that the loss of chance analysis recommended by the respondent is inappropriate, at least in cases where death or sickness has already occurred. In such cases, classical principles of causation suffice, and, further, are essential in order for individual responsibility to attach. I deal then with the facts of this case and consider the question of appropriate damages.

#### IV—Analysis

##### 1. *Loss of Chance*

###### France and Belgium

Loss of chance has been the subject of a great deal of analysis in France and Belgium where it has also been admitted in numerous cases of medical responsibility. Accordingly, I will explore loss of chance largely through the excellent literature on this subject which has been published in those countries. It discloses two principal schools of thought on the matter. Their differences turn essentially on whether loss of chance is to be envisaged as merely a type of damage or whether its true effect in medical liability cases is to undermine causality as an essential element of civil liability and it is therefore to be rejected as contrary to established principle.

Indeed, loss of chance is a type of damage. It is the damage which results from the loss of an opportunity either to realize a benefit or to avoid an injury. It certainly poses special difficulties regarding the analysis of the causal link, but it is first and foremost a type of damage, and I will deal with it initially in that context.

Even when examined as a type of damage, loss of chance is acknowledged to be theoretically troublesome. As a rule, the damage must be direct, present and certain (Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile* (3rd ed. 1982), at p. 167). Courts are hesitant to award damages which are hypothetical, possible, future and uncertain. In cases where the damage is ongoing, that is where it has manifested itself at the time of judgment but is likely to develop further, the courts are generally willing to recognize the future aspect of the damage. Though a part of the damage

Finalemment, je conclurai que l'analyse fondée sur la perte de chance proposée par l'intimée ne convient pas, du moins quand la mort ou la maladie est déjà survenue. Dans ces cas, les principes classiques en matière de causalité suffisent et, qui plus est, constituent les fondements essentiels de la responsabilité individuelle. J'examinerai ensuite les faits de l'es-  
pèce ainsi que l'évaluation des dommages-intérêts.

#### *b* IV—L'analyse

##### 1. *La perte de chance*

###### En France et en Belgique

La théorie de la perte de chance a été abondamment analysée en France et en Belgique où elle a également été reconnue dans de nombreuses affaires de responsabilité médicale. En conséquence, je vais étudier la perte de chance surtout en m'inspirant de l'excellente doctrine publiée sur ce sujet dans ces deux pays. Cette doctrine comporte deux écoles de pensée sur ce sujet. La différence entre l'une et l'autre école tient essentiellement à savoir s'il faut considérer la perte de chance seulement comme un genre de préjudice ou si elle a, en matière de responsabilité médicale, comme conséquence réelle de miner la causalité comme élément essentiel de la responsabilité civile et s'il faut, pour ce motif, la rejeter comme contraire aux principes établis.

En réalité, la perte de chance est un type de préjudice. C'est le préjudice qui découle de la perte d'une possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte. Elle soulève certainement des difficultés particulières pour ce qui est de l'analyse du lien de causalité, mais c'est d'abord et avant tout une sorte de préjudice et je commencerai par l'analyser dans cette optique.

Même considérée comme une sorte de préjudice, la perte de chance est reconnue comme présentant des difficultés sur le plan théorique. Règle générale, le préjudice doit être direct, actuel et certain (Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile* (3<sup>e</sup> éd. 1982), à la p. 167). Les tribunaux hésitent à accorder des dommages-intérêts pour un préjudice hypothétique, possible, futur et incertain. Dans les cas où le préjudice est continu, c'est-à-dire qu'il a commencé à se manifester au moment du jugement, mais qu'il est susceptible de se prolonger, les tribunaux sont généralement dis-

develops in the future, it is saved by the fact that it is capable of ascertainment in the present. This is the familiar case of a physical injury which has the potential to deteriorate or worsen.

In cases of loss of chance, the damage is future or hypothetical and clearly not certain. It is distinguished by the fact that it is contingent, or dependent on an element of chance which must be evaluated in terms of probabilities. This contingent or probabilistic aspect provides the potential for ascertainment of damages in the present. It is the special characteristic of loss of chance.

Our analysis of this concept will be made easier by means of a number of examples. The classic examples of loss of chance are described by Viney, *op. cit.*, at p. 341:

[TRANSLATION] 278.—It very frequently happens that an act which can make its perpetrator liable will deprive another of a chance to make a profit or avoid a loss.

Let us take the case of an accident causing bodily injury and resulting in disability. It may prevent the victim from entering a competition or examination on which his career depends or from marrying the person he wishes to wed, or it may deprive him of the expectation of professional promotion or the possibility of returning to work after retirement. For the victim's immediate dependants, there is the loss of expectation of support, and so on. However, many other possibilities can be imagined: a solicitor or barrister neglects a time limit or formal requirement and this prevents the trial from taking its usual course: the client thereby loses a chance of winning. A horse which should have run cannot because of a delay caused by a carrier: the owner loses a chance that it will win . . . .

Viney explains, at p. 342, the theoretical tension which loss of chance creates:

[TRANSLATION] First, the damage in question is future damage. In the French system, the purpose of liability is primarily to compensate for existing damage. . . . Further, this future damage is also contingent, since by definition a chance does not always materialize. Finally, it is

posés à reconnaître le caractère futur du préjudice. Même si une partie du préjudice surviendra à l'avenir, il est sauvegardé par le fait qu'il est susceptible d'être constaté actuellement. La lésion corporelle susceptible d'empirer avec le temps en est un exemple bien connu.

Dans les affaires de perte de chance, le préjudice est futur ou hypothétique et manifestement incertain. Il se distingue par le fait qu'il est aléatoire ou dépend d'un élément de chance qu'il faut évaluer en fonction de probabilités. Cet aspect aléatoire ou probabiliste présente une base possible pour établir un préjudice actuel. C'est la caractéristique distinctive de la perte de chance.

Notre analyse de la notion sera facilitée par le recours à un certain nombre d'exemples. Viney, *op. cit.*, donne des exemples classiques de perte de chance, à la p. 341:

278.—Il est extrêmement fréquent qu'un acte susceptible d'engendrer la responsabilité de son auteur fasse perdre à autrui une chance de réaliser un profit ou d'éviter une perte.

Prenons le cas d'un accident corporel entraînant une invalidité. Il peut empêcher la victime de se présenter à un concours ou à un examen dont dépend sa carrière ou de se marier avec la personne qu'elle veut épouser ou encore la priver d'un espoir de promotion professionnelle ou de la possibilité de reprendre un travail après sa retraite. Pour les proches de la victime immédiate, il y a perte d'un espoir de secours alimentaire, etc. Mais on peut imaginer bien d'autres hypothèses: un avoué ou un avocat néglige un délai ou une formalité, ce qui empêche le procès de se dérouler normalement: le client perd, par là, une chance de gagner. Un cheval qui devait courir ne le peut en raison d'un retard imputable au transporteur: le propriétaire perd une chance de le voir gagner . . .

Viney explique, à la p. 342, la tension théorique que crée la perte de chance:

D'abord, il s'agit d'un dommage futur. Or dans le système français, la responsabilité a en principe pour fonction de réparer les dommages existants. [. . .] D'autre part, ce dommage futur est, en outre aléatoire puisque, par définition, une chance ne se réalise pas toujours.

easy to see the extreme difficulty of determining the amount of money that will compensate for such damage.

Viney observes that these obstacles are not insurmountable. She affirms that the courts regularly provide compensation for damage which is ongoing—and therefore in part future and hypothetical—notably in cases involving personal injuries. She points out, regarding the contingent or chance-based element of the damage, that the law recognizes in many ways the reality of this type of conjecture, especially in the insurance field. As for the difficulty in evaluating the damage of a lost chance, she observes that other heads of damage, such as psychological injury, are notoriously difficult to quantify, and yet are regularly allowed.

Viney stresses also that the courts have set up limits or guidelines relating to when loss of chance analysis can be applied. The first condition is that the lost chance have been real and serious. Other writers have concluded that this condition amounts to a requirement that the realization of the chance have been at least likely (Yves Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile* (1983), at p. 50). The second condition is that the courts must take into account the level of likelihood that the chance would have been realized in evaluating the damages (Viney, *op. cit.*, at pp. 347 and 350).

My reading of French and Belgian authorities on loss of chance leads me to believe that there is little doctrinal resistance to the application of the theory in the classical cases, set out earlier. A strong division of opinion appears, however, when the theory is applied to medical situations, or, more precisely, situations where the actual damage has already manifested itself and where the chance is therefore exhausted.

Viney provides early examples of this newer, controversial trend in medical responsibility, at p. 436:

[TRANSLATION] The starting-point of this line of authority is a judgment of the Grenoble Court of Appeal on October 24, 1961. A person whose wrist was injured

Enfin on aperçoit aisément l'extrême difficulté de l'évaluation de l'indemnité destinée à compenser un tel préjudice.

Viney fait remarquer que ces obstacles ne sont pas insurmontables. Elle affirme que les tribunaux indemnisent régulièrement pour des préjudices qui sont continus—et donc en partie futurs et hypothétiques—notamment dans les cas de lésions corporelles. Elle souligne, au sujet de l'aspect aléatoire du préjudice, c'est-à-dire l'élément qui dépend de la chance, que le droit reconnaît de plusieurs façons la réalité de ce type de conjecture, spécialement en matière d'assurances. Pour ce qui est de la difficulté d'évaluer le préjudice résultant d'une chance perdue, elle fait remarquer qu'il est notoire que d'autres chefs de dommages, comme le préjudice psychologique, sont difficiles à quantifier, mais qu'ils sont néanmoins régulièrement reconnus.

Viney souligne aussi que les tribunaux ont établi des limites ou des lignes directrices quant aux cas où l'analyse fondée sur la perte de chance peut s'appliquer. La première condition est que la chance perdue soit réelle et sérieuse. D'autres auteurs ont conclu que cette condition équivaut à exiger que la réalisation de la chance ait au moins été probable (Yves Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile* (1983), à la p. 50). La deuxième condition est que les tribunaux doivent tenir compte du degré de probabilité de réalisation de la chance pour évaluer le préjudice (Viney, *op. cit.*, aux pp. 347 et 350).

Mon interprétation de la doctrine française et belge sur la perte de chance m'amène à croire qu'il y a peu d'auteurs s'opposant à l'application de cette théorie dans les cas classiques mentionnés plus tôt. Cependant, une divergence d'opinions marquée surgit lorsque la théorie est appliquée aux cas de responsabilité médicale ou, plus précisément, aux situations dans lesquelles le préjudice réel s'est déjà manifesté et où la chance est donc déjà perdue.

Viney cite quelques premiers exemples de cette tendance nouvelle et controversée en matière de responsabilité médicale, à la p. 436:

Le point de départ de cette évolution jurisprudentielle peut être situé dans un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble rendu le 24 octobre 1961. Une personne blessée

was X-rayed, but as no break was found immediately resumed ordinary activities. Some years later, however, when handling a heavy object she felt some pain and the physician consulted discovered that a fracture without dislocation could be seen on the X-ray taken at the time of the initial accident. The victim then sued the physician who had misinterpreted the X-ray and the Grenoble Court found that if the diagnosis had been correct, treatment could have been given that would have avoided “the formation of pseudo-arthritis with a continuing weakness in the wrist”. The Court accordingly concluded that “not giving the treatment in question” had “definitely deprived the victim of a chance of recovery which she would ordinarily have had”, and it held the physician liable . . .

Two years later, it was the first Civil Chamber of the Court of Cassation which itself formally recognized the concept of “loss of chance of recovery” and on this basis upheld a judgment against a physician whose diagnostic error had also led to the giving of inadequate treatment. These judgments were soon supported by two further decisions in even clearer cases. The first approved the Court of Appeal when, while recognizing that it had not been established that the surgeon’s fault was the cause of the patient’s death, it admitted that that fault “had deprived the latter of a chance of survival”, which according to the supreme court was sufficient to justify compensation. The second case held that by not making sure of the immediate intervention of an anesthesiologist a surgeon “had compromised the patient’s chance of survival” and owed the patient’s mother compensation for this head of damage. [Emphasis in original.]

The courts in France and Belgium have followed this initiative in cases of medical responsibility, though the Belgian courts have shown more caution. (See Henri Anrys, *La responsabilité civile médicale* (1974), at pp. 39-40 and pp. 192-216; Christiane Hennau-Hublet, *L’activité médicale et le droit pénal: Les délits d’atteinte à la vie, l’intégrité physique et la santé des personnes* (1987), at pp. 231-75, and cases discussed therein.)

When applied in the medical context, the loss of chance theory has been severely criticized. It is said to be an artifice, or an attempt to avoid the requirement of certain causation. Doctrinal writers in France

au poignet s’était fait radiographier, mais, aucune cassure n’ayant été décelée, elle reprit immédiatement ses activités. Pourtant quelques années plus tard, pendant qu’elle maniait un objet lourd, elle ressentit une souffrance et le médecin consulté découvrit que, sur la photographie réalisée au moment du premier accident, on pouvait déceler une fracture sans déplacement. La victime assigna alors le médecin qui avait mal interprété cette photographie et la Cour de Grenoble constata que si le diagnostic avait été correct, il aurait permis d’appliquer un traitement qui aurait évité «la formation de pseudarthrose avec persistance d’une fragilité du poignet». La Cour en conclut donc que «la non-application du traitement dont il s’agit» avait «de façon certaine, privé le blessé d’une chance de guérison sur laquelle il était normalement en droit de compter» et elle condamna le médecin . . .

Or, deux ans plus tard, c’est la première Chambre civile de la Cour de cassation qui consacra elle-même la notion de «perte d’une chance de guérison» et approuva sur ce fondement, la condamnation d’un médecin dont l’erreur de diagnostic avait également provoqué l’application d’un traitement inadéquat. Cette jurisprudence fut d’ailleurs bientôt confirmée par deux nouvelles décisions encore plus nettes. La première approuvait en effet la Cour d’appel d’avoir, tout en reconnaissant qu’il n’était pas établi que la faute du chirurgien eût été la cause du décès du patient, admis que cette faute «avait privé ce dernier d’une chance de survie», ce qui, d’après la Cour suprême, était suffisant à justifier une indemnisation. Quant au second arrêt, il affirmait qu’un chirurgien, en ne s’assurant pas de l’intervention immédiate d’un médecin anesthésiste, «avait compromis la chance de survie de l’opéré» et devait réparation de ce chef de préjudice à la mère de la patiente. [En italique dans l’original.]

Les tribunaux français et belges ont suivi cette initiative dans les affaires de responsabilité médicale, bien que les tribunaux belges aient fait preuve de plus de prudence. (Voir Henri Anrys, *La responsabilité civile médicale* (1974), aux pp. 39 et 40 et pp. 192 à 216; Christiane Hennau-Hublet, *L’activité médicale et le droit pénal: Les délits d’atteinte à la vie, l’intégrité physique et la santé des personnes* (1987), aux pp. 231 à 275, et les affaires qui y sont mentionnées.)

L’application de la théorie de la perte de chance dans le contexte médical a été sévèrement critiquée. On l’a qualifiée d’artifice ou de tentative de contourner l’exigence d’un lien de causalité certain. Les

and Belgium have gradually come to acknowledge loss of chance as a valid type of damage in cases of medical responsibility, but this is largely due to the courts' acceptance of the theory. Academic writing in many instances still reveals a great deal of unease with the extension of the theory to these cases. In order to understand this unease, some elaboration on the loss of chance theory will be necessary.

I have already set out, quoting Viney, the difficulties which doctrinal writers see in the recognition of loss of chance as a type of damage. Loss of chance has come to be accepted despite these difficulties. The ongoing debate seems to stem, at least in part, from disagreement as to the basis on which the theory has been accepted.

One group of writers lays emphasis on the fact that the lost chance is a type of damage which is fully independent from the actual, "future damage" which can be found in the benefit which has been missed or in the injury which has not been avoided. It is the lost chance itself which is compensated, and this can occur in all instances where a chance has been lost, whether medical or other, and whether a chance of cure or a chance of career success.

Another group of writers sees loss of chance as a theory which is only available in situations where the actual, "future damage" has not occurred and remains for that reason contingent. The result of the appeal is never known due to the lawyer's neglect, and the ability of the child to support his or her parents is unconfirmed as a result of the negligence of a third party. In these cases, loss of chance analysis allows the courts to recognize and evaluate the damage despite the fact that it has not yet been made real and must still be seen as contingent. The theory is not available, according to this view, where the chance has already been exhausted, that is, where the final damage has already taken hold and where it is no longer, by definition, contingent. This is most obviously the case in the medical context when a plaintiff claims that he or she lost a chance of cure or improvement, and where, *ex hypothesi*, death or illness has already resulted. In such cases, those who reject a generalized theory of loss of chance claim

auteurs de doctrine français et belges en sont venus avec le temps à reconnaître la perte de chance comme genre de dommage légitime dans les affaires de responsabilité médicale, mais il l'ont fait surtout à cause de l'acceptation de cette théorie par les tribunaux. La doctrine manifeste encore très souvent beaucoup de réticence à étendre cette théorie à ces affaires. Pour comprendre ces réticences, il est nécessaire d'expliquer davantage la théorie de la perte de chance.

J'ai déjà mentionné, en citant Viney, les difficultés que les auteurs de doctrine éprouvent à reconnaître la perte de chance à titre de dommage. La perte de chance en est venue à être acceptée en dépit de ces difficultés. Le débat qui se poursuit semble découler, pour une part du moins, d'un désaccord quant à la raison pour laquelle la théorie a été acceptée.

Un groupe d'auteurs insiste sur le fait que la chance perdue est une sorte de préjudice tout à fait indépendant du «préjudice futur» et réel que représente le profit qui n'a pas été réalisé ou la perte qui n'a pas été évitée. C'est la chance perdue elle-même qui fait l'objet d'une indemnisation et cela peut se produire toutes les fois qu'une chance a été perdue, qu'elle soit de nature médicale ou autre et qu'il s'agisse d'une chance de guérison ou de réussite professionnelle.

Un autre groupe d'auteurs voit dans la perte de chance une théorie qui ne peut s'appliquer que dans les situations où le «préjudice futur» et réel ne s'est pas encore produit et reste, pour cette raison, aléatoire. Le résultat de l'appel n'est jamais connu en raison de la négligence de l'avocat et la capacité de l'enfant de subvenir aux besoins de ses parents reste non confirmée à cause de la négligence d'un tiers. Dans ces cas, l'analyse fondée sur la perte de chance permet aux tribunaux de reconnaître et d'évaluer le dommage même s'il n'est pas encore réalisé et s'il faut encore le considérer comme aléatoire. Selon cette opinion, la théorie ne s'applique pas quand la chance est déjà perdue, c'est-à-dire quand le préjudice final s'est déjà concrétisé et qu'il n'est plus, par définition, aléatoire. C'est manifestement le cas dans les affaires médicales où le demandeur alléguait qu'il avait perdu une chance de guérison ou d'amélioration de son état et où, par hypothèse, la mort ou la maladie est déjà survenue. Dans ces cas, ceux qui rejettent



that the plaintiff must establish the causal link between the defendant's fault and the death or illness. Accordingly, it is not permissible to cover up doubts as to the full causal link by claiming that the defendant's fault at least caused the loss of chance of cure or improvement.

I propose to look at some of the writers who favour a generalized or all-embracing theory of loss of chance before examining those who are reluctant to apply it in the medical context. Two considerations should be borne in mind. First, the partisans of each approach divide on whether loss of chance is merely a way of evaluating contingent damages where responsibility is otherwise clearly established; or whether it is, through the recognition of the loss of chance itself as a type of damage, a legitimate way of attenuating the causal link in all cases where the fault in question can at least be said to have caused the loss of the chance. Secondly, it should be noted that the debate in France and Belgium does not merely concern weak chances which are, for example, as likely as not to be realized; much of the discussion focusses on chances which, according to the evidence (statistical and other), are probable though not fully certain. The probability may be strong, but there is nonetheless concern over the possibility that the chance would not be realized. I will point out later in this judgment that this is a type of theoretical difficulty which is considered by our own courts to be less troublesome.

One of the most elaborate and persuasive versions of a broadly applicable theory of loss of chance is provided by Jacques Boré ("L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", *J.C.P.* 1974.I.2620). Boré stresses that loss of chance is appropriate to deal with matters which are inherently uncertain and which are best understood in terms of statistical probability. He points out, for example, that in a case where a judge is faced with a twenty or forty percent level of uncertainty and consequent failure of the action in responsibility, it should be open to him or her to focus instead on a retrospective

une théorie générale de la perte de chance affirment que le demandeur doit établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute du défendeur et le décès ou la maladie. En conséquence, il n'est pas permis d'étouffer les doutes quant au lien total de causalité en alléguant que la faute du défendeur a, au moins, causé la perte d'une chance de guérison ou d'amélioration.

Je me propose de consulter certains des auteurs qui préconisent l'existence d'une théorie générale ou compréhensive de la perte de chance avant de consulter ceux qui hésitent à l'appliquer dans le contexte médical. Il faut garder deux choses à l'esprit. D'abord, les partisans de chaque thèse sont en désaccord quant à savoir si la perte de chance est simplement une méthode d'évaluation d'un préjudice aléatoire pour lequel la responsabilité est par ailleurs clairement établie, ou s'il s'agit, par la reconnaissance de la perte de chance elle-même comme une sorte de préjudice, d'une façon légitime de diminuer l'exigence de lien de causalité dans tous les cas où il est au moins possible de dire que la faute en question a causé la perte d'une chance. Ensuite, il faut noter qu'en France et en Belgique le débat ne vise pas uniquement les chances minces qui, par exemple, sont autant susceptibles ou non de se réaliser; une grande partie du débat porte sur les chances qui, selon la preuve (statistique ou autre), sont probables, quoique non absolument certaines. La probabilité peut être forte, mais il y a néanmoins une inquiétude au sujet de la possibilité que la chance ne se réalise pas. J'indiquerai plus loin dans les présents motifs que c'est le genre de difficulté théorique que nos tribunaux ont considérée comme moins gênante.

L'exposé de Jacques Boré («L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable», *J.C.P.* 1974.I.2620) est un des plus élaborés et convaincants d'une théorie généralement applicable de la perte de chance. Boré souligne que la perte de chance convient pour analyser des questions qui sont incertaines en soi et qui se comprennent mieux sur le plan de la probabilité statistique. Il mentionne, par exemple, que si le juge se trouve en présence d'un niveau d'incertitude de vingt ou quarante pour cent et, en conséquence, envisage de rejeter l'action en responsabilité, il devrait lui être possible de procéder

assessment of the certain statistical chance of a favourable result:

[TRANSLATION] 2.—...

And this probability calculation performs its function of reducing uncertainty: instead of being paralyzed by the 20 percent or 40 percent uncertainty that persists, the judge makes use of the 80 percent or 60 percent probability he finds to conclude that there is partial but certain damage.

Loss of chance provides a type of damage which is certain, but Boré is under no illusions as to the true nature of this form of analysis. He readily admits that the chance has no entirely independent status. It is intimately related to the final damage:

[TRANSLATION] 12.—Why is the order against the party liable thus limited to the value of the chance lost and by what standard is that limitation judged?

One could simply answer that there is no departure from the principle of complete compensation for damage, since by definition the only damage proven, and so subject to compensation, is the loss of a “chance” to obtain a result which is certainly desired, but the obtaining of which was not in any way certain; and this would be true.

However, that would not be the entire truth, as this answer raises most delicate questions. It is said that the only certain damage is the loss of a chance; but what is a chance if not simply a probability excluding any certainty? Should this probability not then be raised to the level of a *praesumptio hominis* that will condemn the party liable to compensate for the entire damage, or on the contrary deny it this evidentiary force and rule out all compensation if there is no certain damage? [Emphasis added; italics in original.]

Boré, of course, prefers to focus on the reality of statistical probability where certainty of the entire damage is unavailable. His comments do acknowledge, however, the strain which loss of chance theory places on traditional approaches to causation and damage.

This admitted strain is most evident, in Boré’s view, in the recognition of partial damages in loss of chance cases and in the attenuation of the causal link. He states, at para. 14:

plutôt à une évaluation rétrospective de la probabilité statistique d’une issue favorable:

2.—...

*a* Et ce calcul de probabilités remplit sa fonction réductrice d’incertitude: au lieu de se laisser paralyser par les 20 % ou les 40 % d’incertitude qui subsistent, le juge retient les 80 % ou les 60 % de probabilités qu’il constate pour affirmer l’existence d’un préjudice partiel, *b* mais certain.

La perte de chance constitue une sorte de préjudice certain, mais Boré ne se fait pas d’illusion quant à la véritable nature de cette forme d’analyse. Il reconnaît volontiers que la chance n’a pas de statut complètement indépendant. Elle est intimement liée au préjudice final:

12.—Pourquoi la condamnation du responsable est-elle ainsi limitée à la valeur de la chance perdue et selon quel critère cette limitation est-elle appréciée?

On pourrait se borner à répondre qu’il n’y a là aucune atteinte au principe de la réparation intégrale du préjudice, puisque, par hypothèse, le seul dommage prouvé, donc indemnisable, est la perte d’une «chance» d’obtenir un résultat, que l’on désirait certes, mais dont l’obtention n’était nullement certaine. Et l’on n’aurait pas menti.

Mais l’on n’aurait pas pour autant dit toute la vérité, car cette réponse soulève les plus délicates questions. On déclare en effet que le seul préjudice certain consiste en la perte d’une chance. Mais qu’est-ce qu’une chance, sinon une simple probabilité excluant toute certitude? Ne faut-il pas dès lors élever cette probabilité au niveau d’une présomption de l’homme et condamner le responsable à la réparation de l’entier dommage, ou au contraire lui dénier cette force probante et exclure toute indemnisation en l’absence d’un préjudice certain? [Je souligne.]

Boré préfère évidemment s’attacher à la réalité de la probabilité statistique en l’absence de certitude du préjudice entier. Ses commentaires indiquent qu’il reconnaît cependant la tension qu’impose la théorie de la perte de chance aux méthodes traditionnelles en matière de causalité et de préjudice.

Cette tension reconnue ressort le plus, selon Boré, de la reconnaissance d’une indemnisation partielle dans les cas de perte de chance et de la diminution de l’exigence de lien de causalité. Il dit au par. 14:

[TRANSLATION] If therefore the compensation awarded is only partial, it is not because the death damage was itself partial: a dead person is not partly alive, and the victim or his heirs *suffered the damage in its entirety*; it is because the compensation is *determined in relation to the probable causal link* found to exist between the fault and the final damage. It is partial causation, determined in accordance with a probability calculation taking into account the influence of possible external factors, which gives rise to partial liability in this case; and it should be noted that once again there is a departure from the principle of indivisibility of causes. [Emphasis in original.]

And again, at para. 15:

[TRANSLATION] The damage resulting from loss of chance is thus *damage curtailed in accordance with the probable causal link between the fact giving rise to liability and the final damage*. [Emphasis in original.]

Having isolated the matter of causation as crucial to the defence of loss of chance, Boré goes on to point out that the French *Civil Code* does not specify a theory of causation. He rejects the two most accepted theories of causation—*l'équivalence des conditions* (equivalence of conditions) and *la causalité adéquate* (adequate causation)—and adopts instead a theory which obeys both causal and probabilistic laws. He acknowledges that the theory of adequate causation imports some considerations of probability, but in his view this is insufficient. His comments are revealing as to the difference between a traditional approach and the newer theory which he proposes:

[TRANSLATION] 19.—...

Undoubtedly [the system of adequate causation] has in common with [loss of chance] that it takes into consideration *probability*, likelihood, in determining causation; but it immediately differs in an essential respect: this probability is not used for its own sake but as a means of achieving a *certainty*, regarded as indispensable, as to the existence of the causal link considered. On the contrary, in the theory of loss of chance the presence of significant contingencies means it is impossible to bridge the gap separating probability from certainty: once it is impossible to say whether without the physician's fault a seriously ill patient would have survived, it cannot be said either that this fault was a *sine qua non* of

Si donc la réparation allouée n'est que partielle, ce n'est point parce que le préjudice-décès serait lui-même partiel: un mort n'est pas un demi-vivant et la victime ou ses ayants-droit ont *subi le préjudice dans sa totalité*; c'est parce que la réparation est *pondérée à la mesure du lien de causalité* probable constaté entre la faute et le dommage final. C'est la causalité partielle, déterminée en fonction d'un calcul de probabilités ménageant l'influence des facteurs extérieurs possibles, qui engendre en l'occurrence la responsabilité partielle. Et il faut constater qu'il est, une fois de plus, dérogé au dogme de l'indivisibilité des causes. [En italique dans l'original.]

Et de nouveau, au par. 15:

Le préjudice résultant de la perte d'une chance est donc un *préjudice raccourci à la mesure du lien de causalité probable qui unit le fait générateur de responsabilité au préjudice final*. [En italique dans l'original.]

Ayant établi que la question de la causalité est cruciale en matière de défense fondée sur la perte de chance, Boré poursuit en soulignant que le *Code civil* français ne comporte pas de théorie de la causalité. Il rejette les deux théories de la causalité les plus reconnues; l'équivalence des conditions et la causalité adéquate; et adopte plutôt une théorie qui obéit à la fois aux lois de la causalité et à celles des probabilités. Il reconnaît que la théorie de la causalité adéquate comporte des facteurs aléatoires, mais, à son avis, cela est insuffisant. Ses commentaires montrent en quoi la nouvelle théorie qu'il propose diffère de la méthode traditionnelle:

19.—...

Sans doute [le système de la causalité adéquate] présente-t-il avec [la perte de chance] ce point commun de prendre en considération la *probabilité*, la vraisemblance dans l'appréciation de la causalité; mais il s'en sépare aussitôt par un trait essentiel: cette probabilité n'est pas retenue comme une valeur propre, mais comme un moyen d'accéder à une *certitude*, tenue pour indispensable, quant à l'existence du lien de causalité considéré. Au contraire, dans la théorie de la perte d'une chance, la présence de facteurs aléatoires importants ne permet pas de franchir la distance qui sépare la probabilité de la certitude: dès lors qu'il n'est pas possible de dire si, sans la faute du médecin, le malade gravement atteint aurait survécu, on ne peut affirmer, ni que cette faute a été une condition *sine qua non* du décès, ni a

the death or *a fortiori* that it was the *proximate cause* thereof. [Emphasis in original.]

At another point in the article, Boré makes the distinction between the two approaches clear, this time in the context of a medical example:

[TRANSLATION] 24.— . . .

. . . when the judge estimates the value of the chance lost, *he is statistically assessing the correlation between the fact giving rise to liability and the damage*. For example, he asks the medical experts: “Does this therapy frequently lead to a cure?” If the experts answer: “This treatment usually leads to a cure”, the judge then has a *reasonable certainty* which, though not the same as metaphysical certainty, is sufficient for him to say by the *praesumptio hominis* that the deprivation of treatment was the *proximate cause* of the damage and that the fault committed by the physician justifies his being *completely liable*. If, on the contrary, the experts answer: “Of one thousand patients treated with this medication, five hundred recovered”, the judge then has available sufficient scientific certainty to say that a patient treated in this way had one chance out of two of recovering. Accordingly, *the probability is only 50 percent that omitting the treatment contributed to causing the damage*. We have already seen that this reasoning is objective and scientifically valid. The progress of science has shown beyond any doubt that statistics are not, as they used to be jestingly described, one of the three forms of lying. [Emphasis in original.]

Clearly, Boré’s endorsement of the loss of chance theory is motivated by a desire to see statistical chances taken seriously. He goes so far as to say that the potential benefits of medicine form part of a “scientific patrimony” to which, presumably, the patient has a full claim:

[TRANSLATION] 38.— . . .

. . . in medical as in any other matters, chance definitely has a *particular and pre-existing value*: that value is the *capacity of the patient to be cured* taking into account, first, the nature and progress of the *disease* from which he is suffering, and secondly medical, pharmaceutical or surgical *techniques* available to the physician. These various therapies are a “scientific patrimony”, apart from the physician, who merely implements them. [Emphasis in original.]

*fortiori* qu’elle en a été la *cause génératrice*. [En italique dans l’original.]

Ailleurs dans son article, Boré indique clairement la distinction entre les deux méthodes, cette fois dans le cadre d’un exemple médical:

24.— . . .

. . . lorsque le juge estime la valeur de la chance perdue, *il apprécie statistiquement la corrélation existant entre le fait générateur de responsabilité et le dommage*. Par exemple, il demande aux experts médicaux: «Est-il fréquent que telle thérapeutique entraîne la guérison?». Si les experts lui répondent: «Habituellement ce traitement entraîne la guérison», le juge est alors en possession d’une *certitude raisonnable* qui, bien que distincte de la certitude métaphysique, est suffisante pour lui permettre d’affirmer, par le jeu de présomptions de l’homme, que la privation du traitement a été la *cause génératrice* du dommage et que la faute commise par le médecin justifie son *entière responsabilité*. Si au contraire les experts lui répondent: «Sur mille malades traités avec ce médicament, cinq-cents ont été guéris», le juge dispose alors d’une certitude scientifique suffisante pour affirmer que le malade ainsi traité avait une chance sur deux de guérir. Par conséquent, *la vraisemblance est seulement de moitié que l’omission du traitement a contribué à la réalisation du dommage*. On a déjà vu que ce raisonnement est objectif et scientifiquement valable. Les progrès de la science ont démontré avec éclat que la statistique n’est pas, comme le prétendait autrefois la satire, une des trois formes du mensonge. [En italique dans l’original.]

Manifestement, l’adhésion de Boré à la théorie de la perte de chance vient d’un désir de voir les chances statistiques considérées sérieusement. Il va jusqu’à affirmer que les bienfaits potentiels de la médecine constituent un «patrimoine scientifique» auquel, présumément, le patient a pleinement droit:

38.— . . .

. . . la chance, en matière médicale comme toute autre, a bien une *valeur propre et préexistante*: cette valeur, c’est *l’aptitude qu’a le malade à être guéri* compte tenu, d’une part, de la nature et du degré d’évolution du *mal* dont il est atteint, d’autre part des *techniques* médicales, pharmaceutiques ou chirurgicales qui sont à la disposition du médecin. Ces diverses thérapeutiques constituent un «patrimoine scientifique», distinct du médecin qui se borne à les mettre en œuvre. [En italique dans l’original.]

This view of medicine would have the potential of placing a very heavy duty on the doctor, approaching an obligation of result. Boré insists, however, that the doctor's fault must be clearly established, and that other factors unrelated to the doctor clearly have the potential to eliminate chances of cure or healing: [TRANSLATION] "It must be emphasized that there are numerous chances of recovery which may be lost through no fault of the doctor" (para. 42). And furthermore, Boré notes that the courts will recognize only chances which are real and appreciable, i.e. those which represent more than a mere hope though less than a true certainty: [TRANSLATION] "a sufficient probability" (para. 37).

Boré wrote his article in 1974, and since that time the French *Cour de cassation* has continued to recognize loss of chance in medical cases. The courts must be considered among the most ardent supporters of the theory in France. (See Aubry and Rau, *Droit civil français*, 8th ed., vol. VI-2, *Responsabilité délictuelle* (1989), p. 125, footnote 17 and the cases listed therein. See also Cass. civ. 1st, May 31, 1988, *Bull. civ.* 1988, I, No. 165, p. 114; Cass. civ. 1st, October 11, 1988, *Bull. civ.* 1988, I, No. 281, p. 192; Cass. civ. 1st, March 29, 1989, *Bull. civ.* 1989, I, No. 147, p. 97; Cass. civ. 1st, June 7, 1989, *Bull. civ.* 1989, I, No. 230, p. 154; Cass. civ. 1st, January 10, 1990, *Bull. civ.* 1990, I, No. 10, p. 8; Cass. civ. 1st, February 7, 1990, *Bull. civ.* 1990, I, No. 39, p. 30.)

More recently, Isabelle Vacarie has provided an analysis of loss of chance which, for the most part, approves the application of the theory in all cases, including medical ("La perte d'une chance", [1987] 3 *R.R.J.* 903). Her article shows both the commitment of the French courts to the theory and the difficulties of application which they have encountered.

She begins, like Boré, by stressing the distinctiveness of the loss of chance approach to responsibility. She points out, at pp. 906-7, that the courts use this approach to acknowledge the role of chance as opposed to will in human affairs, and that this represents a new development in law:

Cette conception de la médecine pourrait avoir comme conséquence d'imposer au médecin une obligation très lourde, proche d'une obligation de résultat. Boré insiste cependant qu'il faut que la faute du médecin soit clairement prouvée et que d'autres facteurs qui n'ont rien à voir avec le médecin puissent manifestement éliminer les chances de guérison: «Il faut en effet souligner qu'il existe de très nombreuses chances de guérison qui peuvent être perdues sans aucune faute du médecin» (par. 42). De plus, Boré souligne que les tribunaux ne tiendront compte que des chances qui sont réelles et appréciables, c'est-à-dire celles qui représentent plus qu'un simple espoir, mais moins qu'une véritable certitude: «une probabilité suffisante» (par. 37).

Boré a écrit son article en 1974 et depuis cette époque, la Cour de cassation française a continué d'appliquer la perte de chance aux affaires médicales. Il faut voir les tribunaux parmi les plus ardents partisans de cette théorie en France. (Voir Aubry et Rau, *Droit civil français*, 8<sup>e</sup> éd., t. VI-2, *Responsabilité délictuelle* (1989), p. 125, renvoi 17 et les affaires qui y sont mentionnées. Voir aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 165, à la p. 114; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 281, à la p. 192; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 147, à la p. 97; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 230, à la p. 154; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 janvier 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 10, à la p. 8; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 février 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 39, à la p. 30.)

Plus récemment, Isabelle Vacarie a présenté une analyse de la perte de chance qui, en majeure partie, approuve l'application de cette théorie dans tous les cas, y compris les affaires médicales («La perte d'une chance», [1987] 3 *R.R.J.* 903). Son article révèle tant l'attachement des tribunaux français à la théorie que les difficultés d'application qu'ils ont rencontrées.

Elle commence, comme Boré, par souligner le caractère distinctif de la perte de chance comme approche à la responsabilité civile. Elle indique, aux pp. 906 et 907, que les tribunaux ont recours à cette méthode pour reconnaître le rôle de la chance, par rapport à celui de la volonté, dans la vie humaine et que cela constitue une innovation en droit:

[TRANSLATION] [The various applications of loss of chance] are all part of a trend in the law in the direction of recognizing the part chance plays in human affairs. This recognition has shaken the foundations of the 1804 Civil Code, which viewed man “*as a noble being, master of himself and his destiny*”. The mystical nature of this concept has been attacked, and as chance has made its appearance in the legal field there has been a parallel limitation of the function of will in the law of obligations. This opposite trend is due to the antinomy of chance and will: chance excludes will and will marks the limits of chance. The legal solutions have reflected this opposition. [Emphasis in original.]

As we shall see, she regards the distinction between will and chance as the key to understanding the limits which the courts have placed on loss of chance.

At the most general level, Vacarie observes, at p. 907, that the French courts have invoked loss of chance analysis in two situations, the first being most relevant to the medical context:

[TRANSLATION] . . . a close review of the judgments [of the Court of Cassation] indicates that loss of chance is relied on in two situations that need to be distinguished, because they do not involve the same aspects of the law of liability.

—Either the judge uses loss of chance when he is ruling on the liability of the defendant, and admission of this damage is then a condition of liability; for example, on reading the expert reports the court will consider that it is not certain that such medical fault is the cause of the patient’s disability, but rather that that fault deprived him of a chance of recovery.

—Or the judge invokes loss of chance only at the stage of assessing the damage, when the defendant’s liability has already been established; two examples are when an appeal has not been brought within the time limits as the result of negligence by counsel, and the judge awards his client an indemnity to compensate for loss of the chance of winning the case; and following an accident, compensation is awarded for loss of the chance of promotion or support.

Whatever the situation, the use of loss of chance indicates the judge’s uncertainty. However, that uncertainty

[Les différentes applications de la perte de chance] traduisent toutes une évolution du droit dans le sens de la reconnaissance de la part de chance dans la vie humaine. Cette reconnaissance bouscule les assises du Code Civil de 1804 qui concevait l’homme «*comme un être noble, maître de lui-même et de son destin*». Le caractère mystificateur de cette conception a été dénoncé. Et on observe parallèlement à l’intégration de la chance dans le champ juridique un rétrécissement du rôle de la volonté dans le droit des obligations. Ce mouvement contraire s’explique par l’antinomie de la chance et de la volonté: la chance exclut la volonté, la volonté marque la frontière de la chance. Les solutions juridiques traduisent cette opposition. [En italique dans l’original.]

Comme nous le verrons, elle voit dans la distinction entre la volonté et la chance l’élément clé qui permet de comprendre les limites que les tribunaux ont fixées à la perte de chance.

Au niveau le plus général, Vacarie signale, à la p. 907, que les tribunaux français ont invoqué l’analyse fondée sur la perte de chance dans deux hypothèses, dont la première est la plus pertinente au contexte médical:

. . . l’examen attentif des décisions [de la Cour de cassation] révèle que la perte d’une chance est invoquée dans deux hypothèses qui méritent d’être distinguées, car elles ne mettent pas en jeu les mêmes aspects du droit de la responsabilité.

—Soit le juge retient la perte d’une chance lorsqu’il se prononce sur la responsabilité du défendeur, l’admission de ce préjudice étant alors une condition de la responsabilité. Par exemple, au vu des rapports d’expertise, le tribunal estime qu’il n’est pas certain que telle faute médicale soit à l’origine de l’invalidité du patient, mais considère cependant que cette même faute l’a privé d’une chance de guérison.

—Soit le juge n’invoque la perte d’une chance qu’au stade de l’évaluation du préjudice, la responsabilité du défendeur étant déjà établie. Deux exemples: l’appel n’ayant pas été interjeté dans les délais par suite d’une négligence de l’avocat, le juge alloue à son client une indemnité pour compenser la perte d’une chance de gagner le procès; ou bien, à la suite d’un accident, est réparée la perte d’une chance de promotion ou de secours alimentaires.

Quelle que soit l’hypothèse, le recours à la perte d’une chance traduit l’incertitude du juge. Cependant

relates to the causal link or extent of the damage. [Emphasis added.]

As this comment indicates, Vacarie sees loss of chance in cases of medical responsibility as relating to uncertainty with respect to the causal link. In her opinion, loss of chance analysis is acceptable and appropriate here, though only to deal with faults of omission. This is a new distinction, and it is worth exploring briefly.

She states clearly, at p. 908, that loss of chance is misapplied in cases where the doctor's (or defendant's) act is alleged to have produced the damage:

[TRANSLATION] In the absence of a causal link between the fault and the material damage, compensation for loss of chance is certainly questionable when the fault results from an action or positive act of the defendant. In such a case, he can only be held liable if it is established that his wrongful act materially contributed to the causing of the damage. Such proof may be made by any means: it may be inferred from serious, specific and concurring presumptions, but it is essential. Doubt in the judge's mind as to the causal link cannot justify partial compensation through awarding an amount for loss of chance: the rule is one of full compensation for direct damage. The Court of Cassation makes sure . . . that this rule is observed. [Emphasis added.]

According to Vacarie, the approach is not the same when the courts are presented with a fault of omission. Here, apparently, different rules must apply, and recourse to loss of chance analysis is fully justified, at pp. 908-9:

[TRANSLATION] It is certain that causation is not determined in the same way depending on the nature of the fault. When the fault results from an omission, by definition it has not physically contributed to causing the damage; however, the courts and commentators now unanimously consider that it can be legally causal if it is shown that the defendant's action would have prevented the damage from being caused. This reasoning results in a shifting of the evidence. It is no longer a question of reconstituting the chain of events but one of imagining what the chain of events would have been if the defendant had acted, if he had met his obligations. This imaginary prognosis is based on the effects that could be

cette incertitude porte sur le lien de causalité ou l'étendue du dommage. [Je souligne.]

Comme ce commentaire l'indique, Vacarie considère que, dans les affaires de responsabilité médicale, la perte de chance a trait à l'incertitude portant sur le lien de causalité. À son avis, il convient alors d'utiliser l'analyse fondée sur la perte de chance seulement s'il s'agit de fautes d'omission. C'est une nouvelle distinction à laquelle il convient de s'arrêter brièvement.

Elle affirme expressément, à la p. 908, que la perte de chance est appliquée à mauvais escient quand on allègue que l'acte du médecin (ou du défendeur) a engendré le préjudice:

L'indemnisation de la perte d'une chance, en l'absence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice matériel, est certainement contestable lorsque la faute résulte d'une action, d'un fait positif du défendeur. En pareil cas en effet, sa responsabilité ne peut être engagée que s'il est établi que son action fautive a matériellement contribué à la réalisation du dommage. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens, elle peut être induite de présomptions graves, précises et concordantes, mais elle est indispensable. Le doute du juge sur la relation causale ne peut justifier une réparation partielle par le biais de l'indemnisation de la perte d'une chance: la règle est en effet celle de la réparation intégrale du préjudice direct. La Cour de cassation veille [. . .] au respect de cette règle. [Je souligne.]

Selon Vacarie, la solution est différente lorsque le tribunal est saisi d'une faute d'omission. Alors, il semble que des règles différentes doivent s'appliquer et le recours à l'analyse fondée sur la perte de chance est entièrement justifié, aux pp. 908 et 909:

Il est sûr que la causalité ne s'apprécie pas de façon identique selon la nature de la faute. Lorsque la faute résulte d'une abstention, par hypothèse elle n'a pas matériellement contribué à la réalisation du dommage; cependant les tribunaux et la doctrine sont aujourd'hui unanimes à considérer qu'elle peut être juridiquement causale, s'il est établi que l'action du défendeur aurait évité la réalisation du dommage. Ce raisonnement entraîne un déplacement de la preuve. Il ne s'agit plus de reconstituer l'enchaînement de faits passés mais d'imaginer quel aurait été l'enchaînement des faits si le défendeur avait agi, s'il avait satisfait à ses obligations. Ce pronostic imaginaire s'appuie sur les effets à attendre

expected from the act omitted by the defendant. However, whenever no necessary cause-and-effect relationship exists, no one can say that the act would have had beneficial consequences: while there is a chance that it might have avoided the damage, it is not a certainty. This element of uncertainty explains the recourse to the concept of loss of chance to penalize a wrongful omission. This solution has been developed in the main over a twenty-year period, in the field of medical liability, bringing about compensation for loss of chance of survival or recovery.

She then adds a distinction and a qualification which are relevant in medical cases involving faults of omission. The distinction is that whereas loss of chance analysis is appropriate in cases where the doctor omits to apply or administer a particular treatment, it is not necessarily suited to cases where the doctor simply neglects to inform the patient of such a treatment. In the first situation, the treatment is inherently risky and loss of chance can deal with the risks in terms of probabilities. In the second situation, the causal link is affected and potentially broken by uncertainty as to will of the patient, a factor which loss of chance cannot consider. She notes, however, that there may be cases where there is no doubt as to the patient's willingness to accept any treatment.

The qualification which Vacarie makes, at p. 914, regarding cases of medical omissions is that loss of chance analysis is not appropriate where the evidence indicates that the disease or illness was irreversible:

[TRANSLATION] The physician will not be held liable if the pathological process was irreversible, if the patient's condition could not help getting worse. His liability is also excluded when the causal influence of the fault seems too uncertain to the courts because it appears from the expert reports that there is nothing to contradict the assumption that death or infirmity is unavoidable, nothing to say that prior examination or treatment would have helped prevent the damage.

Vacarie's qualification here brings to the forefront the recurring question of what level of chance (i.e. from highly probable to hardly possible) will be acceptable to courts wishing to follow a loss of

de l'acte omis par le défendeur. Cependant, chaque fois que n'existe pas une relation nécessaire de cause à effet, nul ne peut affirmer que cet acte aurait eu des effets bénéfiques: s'il y a des chances qu'il eût évité le dommage, cela n'est pas certain. Cette part d'incertitude explique le recours à la notion de perte d'une chance, pour sanctionner une abstention fautive. Cette solution s'est particulièrement développée depuis une vingtaine d'années, dans le domaine de la responsabilité médicale, entraînant la réparation de la perte d'une chance de survie ou de guérison.

Elle ajoute alors une distinction et une réserve qui ne s'appliquent qu'aux affaires médicales mettant en cause des fautes d'omission. La distinction comporte que l'analyse fondée sur la perte de chance convient dans les cas où le médecin a omis de prescrire ou d'administrer un traitement particulier, mais qu'elle ne convient pas nécessairement dans les cas où le médecin a simplement négligé d'informer le patient de l'existence d'un tel traitement. Dans le premier cas, le traitement comporte des risques inhérents et la perte de chance peut tenir compte des risques sur le plan des probabilités. Dans le deuxième cas, le lien de causalité est touché et il est peut-être même rompu par l'incertitude au sujet de la volonté du patient, un facteur dont la perte de chance ne peut tenir compte. Elle fait observer cependant qu'il peut y avoir des cas où il n'y a pas de doute que le patient aurait été disposé à accepter n'importe quel traitement.

La réserve que fait Vacarie, à la p. 914, au sujet des cas d'omissions médicales, porte que l'analyse fondée sur la perte de chance ne convient pas lorsque la preuve indique que la maladie est irréversible:

La responsabilité du médecin est exclue si le processus pathologique était irréversible, si l'aggravation de l'état du patient était inéluctable. Elle est également écartée lorsque l'influence causale de la faute apparaît aux tribunaux comme trop incertaine, parce qu'il résulte des rapports d'expertise que rien ne contredit l'hypothèse du caractère inéluctable de la mort ou de l'infirmité, rien ne permet d'affirmer que des examens ou traitements préalables auraient contribué à prévenir le dommage.

Cette réserve de Vacarie fait ressurgir au premier plan la question qui revient toujours, c'est-à-dire quel degré de chance (c'est-à-dire allant de la chance très forte et à celle très mince), sera acceptable pour les



chance analysis. She seems to favour chances which are at least likely to succeed, although she concedes a large discretion to the trial judge, at pp. 916-17:

[TRANSLATION] Loss of chance may thus be regarded as direct and certain damage whenever the chance of survival or recovery is greater than the risk of death or disability. That of course is a question of fact which is exclusively a matter for the triers of the merits.

In the end, once distinctions and qualifications have been made, Vacarie approves the resort to a broadly applicable theory of loss of chance, and asserts that it provides a place for "*la justice par division*" ("justice by division") and "*la justice de Salomon*" ("the justice of Solomon"), at p. 932.

There are numerous other writers who approve the application of loss of chance to medical cases (e.g. Chartier, *op. cit.*, at pp. 31 and 35; François Chabas, Annotation of Cass. crim., January 9, 1979, *J.C.P.* 1980.II.19272; Georges Durry, "Responsabilité civile" (1967), 65 *Rev. trim. dr. civ.* 153, at p. 181). Some are more forthcoming than others in acknowledging the innovative and theoretically difficult nature of this recourse. I note in particular Annick Dorsner-Dolivet (*Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie* (1986)).

Dorsner-Dolivet appears generally to approve of a theory of loss of chance in its classical application, i.e. the oft-cited examples referred to at the outset of this analysis. With regard to the new tendency in France to apply loss of chance in the medical context, she agrees with those who see it as a theoretical tangle, especially regarding the traditional rules of causation. For reasons of policy, however, she approves of the extension of loss of chance in this limited sphere, at p. 427:

[TRANSLATION] The recent acceptance of loss of chance has remained limited to the field of medical, and in particular surgical, liability. The reason for this is that factors particular to this field dictated its development.

tribunaux qui veulent adopter une analyse fondée sur la perte de chance. Elle semble favoriser les chances qui sont au moins susceptibles de se réaliser, quoiqu'elle reconnaisse que le juge de première instance a beaucoup de latitude à ce propos, en disant, aux pp. 916 et 917:

Aussi peut-on considérer que la perte d'une chance constitue un préjudice à la fois direct et certain chaque fois que les chances de survie ou de guérison l'emportent sur les risques de décès ou d'invalidité. C'est là bien sûr une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Finalement, après avoir formulé des distinctions et des réserves, Vacarie approuve le recours à une théorie généralement applicable de la perte de chance et affirme que cette théorie fait une place à «la justice par division» de même qu'à «la justice de Salomon», à la p. 932.

Il y a de nombreux autres auteurs qui approuvent l'application de la perte de chance aux affaires médicales (par exemple, Chartier, *op. cit.*, aux pp. 31 et 35; François Chabas, note sous Cass. crim., 9 janvier 1979, *J.C.P.* 1980.II.19272; Georges Durry, «Responsabilité civile» (1967), 65 *Rev. trim. dr. civ.* 153, à la p. 181). Certains sont plus disposés que d'autres à reconnaître le caractère innovateur et difficile sur le plan théorique de cette application. Je mentionne plus précisément Annick Dorsner-Dolivet (*Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie* (1986)).

Dorsner-Dolivet paraît généralement approuver la théorie de la perte de chance selon son application classique; voir au début de la présente analyse les exemples maintes fois cités. Quant à la nouvelle tendance, qui se manifeste en France, à appliquer la perte de chance dans le contexte médical, elle partage l'avis de ceux qui y voient un fouillis théorique, plus précisément en ce qui a trait aux règles traditionnelles de la causalité. Pour des motifs de politique judiciaire cependant, elle approuve l'extension de la perte de chance à ce domaine restreint, à la p. 427:

La nouvelle acception de la perte d'une chance est restée limitée au domaine de la responsabilité médicale et en particulier chirurgicale. S'il en est ainsi, c'est parce que ce sont des motifs propres à ce domaine qui ont

However, although we approve of these criticisms made of the theory of loss of chance in terms of legal logic, we feel because of the uncertainty of scientific causation that maintaining the theory is essential. Even admitting these imperfections, we think that it is the lesser of evils which, if it were eliminated, would give rise to much more serious disruption.

What, then, are the considerations which prompt her to approve a theory which admittedly offends the previous logic of the legal system? With Chabas ("Vers un changement de nature de l'obligation médicale", *J.C.P.* 1973.I.2541), she notes three general factors, at p. 416:

[TRANSLATION] The first factor is the unusual risk run by the patient in undergoing surgery. Even at the present time the most optimistic physicians recognize that the sequelae of anesthesia or operating shock are still to a large extent unpredictable.

The second factor is the economic inequality between the victim who is a recipient of social insurance and the practitioner who is always insured.

Finally, the most important factor is the fleeting nature of the evidence . . .

It is to offset all these factors working against the victims of surgical fault that judges have given a new face to the theory of loss of chance. In this interpretation, certainty as to the existence of a fault influences the concept of damage since it leads to the creation of a new type of damage, an intellectual abstraction designed to alleviate the difficulties of proving with certainty a causal relationship.

Chabas, who inspired some of Dorsner-Dolivet's comments, is another writer who has shown an ambivalent attitude towards the use of loss of chance analysis in medical cases. In his 1973 article noted above, he questioned the theoretical underpinnings of the new developments and added that they would likely have the result of hurting medical reputations and encouraging defensive medicine. By 1980, his attitude had changed, and he was willing to approve of loss of chance in certain medical situations (*J.C.P.* 1980.II.19272). He states that where the victim is already affected by a terminal condition, and where the doctor's fault completely deprives the patient of such chances as remain, then the doctor should be

dicté son élaboration. Bien que cependant nous approuvions ces critiques adressées sur le plan de la logique juridique à la théorie de la perte d'une chance, nous croyons, en raison des aléas de la causalité scientifique, que son maintien s'avère indispensable. En ayant conscience de ces imperfections, nous pensons qu'il s'agit d'un moindre mal qui, s'il était éliminé, engendrerait des désordres encore beaucoup plus graves.

Quelles sont donc les considérations qui l'incitent à approuver une théorie qui, de l'aveu général, contrevient à la logique antérieure du système juridique? Comme Chabas («Vers un changement de nature de l'obligation médicale», *J.C.P.* 1973.I.2541), elle mentionne, à la p. 416, trois grands facteurs:

Le premier facteur, c'est d'abord le risque anormal couru par le malade en cas d'intervention chirurgicale. Même de nos jours les médecins les plus optimistes reconnaissent que les suites de l'anesthésie ou du choc opératoire échappent encore considérablement à la prévision.

Le second facteur réside dans l'inégalité économique entre la victime, assurée sociale, et le praticien toujours assuré.

Enfin, le facteur le plus important est constitué par le caractère fuyant des éléments de preuve . . .

C'est pour compenser tous ces facteurs défavorables aux victimes d'une faute chirurgicale que les juges ont donné à la théorie de la perte d'une chance un nouveau visage. L'existence d'une faute certaine influe, dans cette interprétation, sur la notion de dommage puisqu'elle aboutit à la création d'un nouveau type de dommage, abstraction intellectuelle destinée à pallier les difficultés de preuve de la certitude de la relation causale.

Chabas, qui a inspiré certains des commentaires de Dorsner-Dolivet, est un autre auteur qui a une attitude ambivalente au sujet de l'utilisation de l'analyse fondée sur la perte de chance en matières médicales. Dans l'article déjà mentionné qu'il a écrit en 1973, il conteste les fondements théoriques de cette innovation et ajoute qu'elle aura probablement pour conséquence de nuire à la réputation de médecins et d'encourager la médecine défensive. En 1980, il a changé d'attitude et il est prêt à approuver la perte de chance dans certaines affaires médicales (*J.C.P.* 1980.II.19272). Il dit que, lorsque le patient est déjà en phase terminale et que la faute du médecin l'a complètement privé de toute chance qui pouvait lui

responsible for the loss of a chance of survival. He adds, however, that where the victim is in normal health prior to the doctor's fault, it is the full value of the life which must be considered; and where the doctor's fault is not at least a *causa sine qua non* of the loss of that life, loss of chance analysis cannot be used to provide a proportional recovery corresponding with the judge's doubts.

I turn now to that group of writers who, in France as well as Belgium, oppose the application of loss of chance in the medical context.

The most severe and oft-cited criticism of the recent evolution of loss of chance is that of Dean Savatier ("Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale", *op. cit.*; "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?", *op. cit.*). Vallerand J.A. quotes large portions of these writings, and I will not reproduce them in their entirety though generally I approve of their purport.

The gist of Savatier's argument is that in medical cases, one is not faced with a true loss of chance: the factors bound up in the earlier chance have already played themselves out. In the presence of a death or infirmity, there is no longer any need to calculate a future chance; the judge must consider events which have now passed and for which the cause is uncertain: [TRANSLATION] "What is incorrectly called chance is insufficient information on the part of the judge about how destiny took its course" (D.1970.Chron.123, at p. 126). Destiny having taken its course, loss of chance analysis is no longer appropriate or necessary, and traditional rules regarding causation and damage must apply (at p. 124):

[TRANSLATION] The reasoning we find unacceptable places . . . chance in the past where the event to which it applies has already occurred. The analysis is outdated! . . . Destiny has played its part. By definition, infirmity or death has occurred. One is no longer dealing with chance but with a *fait accompli*. When the national lottery is drawn, tickets lost through the fault of another

rester, alors il faut tenir le médecin responsable de la perte d'une chance de survie. Il ajoute cependant que si l'état de santé de la victime était normal avant la faute du médecin, il faut tenir compte de la valeur totale de la vie; et si la faute du médecin n'est pas, au moins, une cause sine qua non de cette perte de vie, l'analyse fondée sur la perte de chance ne peut servir à accorder une réparation proportionnelle correspondant aux doutes du juge.

Je passe maintenant au groupe d'auteurs français et belges qui s'opposent à l'application de la perte de chance aux affaires médicales.

La critique la plus sévère et la plus souvent citée de l'évolution récente de la perte de chance est celle du doyen Savatier («Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale», *loc. cit.*; «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?», *loc. cit.*). Le juge Vallerand cite de longs extraits de ces textes, que je ne reprendrai pas en entier quoique, de façon générale, j'approuve leur teneur.

L'essentiel de l'argument de Savatier tient à ce que, dans les affaires médicales, on n'est pas en présence d'une véritable perte de chance: les facteurs liés à la chance antérieure sont déjà périmés. Devant le fait accompli du décès ou de l'infirmité, il n'est plus nécessaire de calculer une chance future; le juge doit analyser les événements qui se sont produits et dont la cause est incertaine: «Ce qu'on appelle improprement chance, c'est l'insuffisance de l'information du juge sur le déroulement suivant lequel le destin a enchaîné les événements» (D.1970.Chron.123, à la p. 126). Le destin ayant tranché, l'analyse fondée sur la perte de chance n'est plus appropriée ni nécessaire et les règles traditionnelles en matière de causalité et de préjudice doivent s'appliquer (à la p. 124):

Le raisonnement que nous croyons inacceptable situe [. . .] des chances dans le passé, où se place, déjà, l'événement auquel on les applique. C'est une recherche périmée! [. . .] Or le destin a tranché. Par hypothèse, l'infirmité ou la mort sont survenues. Il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis. Quand la loterie nationale est tirée, les billets perdus par la faute d'autrui ne

are no longer chances but vested rights or no right at all, as the case may be. We know the cause of the loss of the vanished chances: it is the draw. On the other hand, the problem for solution once the damage complained of by the victim has occurred . . . is whether that damage *would or would not have occurred absent the fault alleged against the physician.*

In the event that by not committing the fault the physician would have avoided the damage, the fault is *causal*. If on the other hand the death or infirmity would have occurred in any case without the fault, it is *unrelated* to the damage. What is at issue is no longer a future *chance* but a past event the cause of which is *uncertain*. It is this uncertainty that has to be overcome. If the judge is persuaded that the fault caused the damage, he must order its perpetrator to compensate for it; but he may not make such an order, even one reduced in proportion to any doubts he may have, if he is not personally persuaded that the fault was a necessary condition for the damage. He cannot tailor the order to his doubts, even in an inversely proportional manner. [Emphasis in original.]

In the end, then, Savatier sees theoretical difficulties in applying loss of chance in the medical context due principally to two factors: the damage in medical cases has already occurred and is no longer based on a chance or a contingency; and the question of whether the doctor *caused* that damage cannot be answered simply with information on what the patient's chances of cure or improvement were prior to the doctor's act or omission.

The comments of Jean Penneau (*La responsabilité médicale* (1977)) are of a similar nature. His analysis examines more closely the difference between the medical situation and the classical loss of chance situations. He contrasts the valid application of loss of chance in cases of "crystallized" factual development with those medical cases where the chance has evolved and in fact acquired a real and final form. In such cases, the causal analysis must be established between the defendant's fault and that real, final damage (at pp. 115-16 and p. 119):

[TRANSLATION] The classic concept of loss of chance is concerned with damage; the concept of loss of chance of survival relates to causation.

représentent plus des chances, mais, selon les cas, des droits acquis, ou des droits inexistantes. On sait quelle est la cause de la perte des chances disparues: c'est le tirage. Au contraire, le problème à trancher, une fois survenu le préjudice dont se plaint la victime [. . .] est celui de savoir si ce préjudice *serait, ou non, survenu en l'absence de la faute qu'on impute au médecin.*

Dans l'hypothèse où celui-ci, en évitant la faute, eût écarté le préjudice, la faute est *causale*. Si, au contraire, la mort ou l'infirmité seraient pareillement survenues sans la faute, elle est *étrangère* au dommage. Il ne s'agit plus, en effet, de *chances* d'avenir, mais d'un événement passé, dont la cause est *incertaine*. C'est de cette incertitude qu'on cherche à triompher. Si le juge acquiert la conviction que la faute a causé le dommage, il doit en condamner l'auteur à réparer celui-ci. Mais prononcer une condamnation, même réduite à proportion de ses doutes, ne lui est pas possible s'il n'arrive pas à la conviction personnelle que la faute a été la condition nécessaire du dommage. Il ne peut mesurer la condamnation à ses doutes, même dans une règle inversement proportionnelle. [En italique dans l'original.]

En fin de compte, Savatier voit des difficultés théoriques à appliquer la perte de chance dans le contexte médical pour deux raisons principales: en matière médicale, le préjudice est déjà survenu et il ne dépend plus d'une chance ou d'une éventualité; puis on ne peut déterminer si le médecin a *causé* le préjudice seulement à partir de renseignements sur les chances de guérison ou d'amélioration de son état que le patient avait avant l'acte ou l'omission du médecin.

Les commentaires de Jean Penneau (*La responsabilité médicale* (1977)) sont de même nature. Son analyse porte plus précisément sur la différence entre les situations médicales et les situations classiques de perte de chance. Il oppose l'application légitime de la perte de chance dans les cas de situations définitivement «cristallisées» à celle qui est faite, dans les affaires médicales où la chance a changé et pris une forme réelle et définitive. Dans ces cas, il faut procéder à l'analyse du lien de causalité entre la faute du défendeur et le préjudice réel et final (aux pp. 115 et 116 et à la p. 119):

Classiquement, la notion de perte de chances concerne le préjudice; la notion de perte de chances de survie est relative, elle, à la causalité.

As we know, in certain situations which have crystallized once and for all as a result of the defendant's fault, at an intermediary stage which will never again develop the gains or losses that might have been expected, the certainty of the damage is nevertheless apparent. The defendant's fault has interrupted a process the elements of which can be assessed, and if the positive aspects (chances of gain) predominate, damage exists, the certainty of which—though it may be only virtual—requires compensation. Loss of a chance is thus regarded as certain damage, and compensated for as such provided a chance really existed. This solution, consistently adopted by the courts, has been unanimously approved by the commentators, and in all logic must be commended.

The situation is quite different with the recent decisions on loss of chance of survival in medical cases.

... it is based on an obvious confusion, as such chances which have been lost and have now lapsed are ... inseparable from the final damage itself at which the legal compensatory machinery is alone directed: loss of chance can no longer be the subject of future calculation since the event has actually occurred and it is inseparable from that event; as Dean Savatier very aptly puts it, "one is no longer dealing with chance, but with a *fait accompli*".

Loss of chance thus appears here, by a confusion of language, with a new face: that of causation. [Emphasis added.]

In order to make his argument clearer, Penneau transfers the chance analysis temporarily to the classical example of a student who, due to an accident, is prevented from taking an important career-related exam. According to the classical loss of chance analysis, the individual who caused the accident will be required to indemnify the student for the loss of a real and serious chance of passing the examination and embarking on a career. The situation is entirely different, in Penneau's view, where, despite the accident, the student attends the examination and fails: [TRANSLATION] "Here, the chance has been tried, and we know that it has been lost; loss made concrete by the final damage—the failure, death or infirmity—with which it is precisely and necessarily confused" (p. 118). To speak, nonetheless, of a loss of chance in this situation would be to speak of the same

On sait que dans certaines situations, cristallisées, définitivement, par la faute du défendeur, en un état intermédiaire qui ne développera plus jamais les gains ou les pertes que l'on pouvait en attendre, la certitude du préjudice est cependant affirmée. La faute du défendeur a, en effet, interrompu un processus dont il est possible d'apprécier les éléments, et si les éléments positifs (les chances de gain) l'emportent, un préjudice existe que sa certitude—bien qu'il soit seulement virtuel—impose d'indemniser. La perte d'une chance est donc considérée comme un préjudice certain, et indemnisée comme telle à condition qu'une chance existe réellement. Cette solution, constante en jurisprudence est approuvée par la doctrine unanime, et, en toute logique on doit l'approuver.

Toutes autres sont les situations réglées par la jurisprudence nouvelle relative à la perte de chances de survie en matière médicale.

... elle repose sur une confusion manifeste, car ces chances perdues, désormais périmées sont [...] indissociables du préjudice final lui-même qui seul remplit maintenant la scène juridique indemnitaire: la perte de chances ne peut plus faire l'objet d'une supputation de l'avenir, puisque, précisément, l'événement est survenu et qu'elle en est indissociable; comme l'exprime excellemment M. le Doyen Savatier, «il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis».

C'est que la perte de chances apparaît, ici, sous une confusion de termes, avec un visage nouveau: celui de la causalité. [Je souligne.]

Pour clarifier davantage son argument, Penneau applique momentanément l'analyse fondée sur la perte de chance à l'exemple classique de l'étudiant qui, à cause d'un accident, est empêché de se présenter à un examen important pour la carrière qu'il entend poursuivre. Selon la théorie classique de la perte de chance, la personne qui cause l'accident devra indemniser l'étudiant pour la perte de la chance réelle et sérieuse de réussir l'examen et d'entreprendre une carrière. Selon Penneau, tout autre est la situation de l'étudiant qui, malgré l'accident, se présente à l'examen et l'échoue: «Ici, la chance a été tentée, et on sait qu'elle a été perdue, perte concrétisée par le préjudice final—l'échec, le décès ou l'infirmité—avec lequel elle est précisément et nécessairement confondue» (p. 118). Penneau estime que parler quand même de perte de chance dans cette

damage in different and now irrelevant terms, according to Penneau.

A more recent and no less forgiving critic of the application of loss of chance to medical cases is Gérard Mémeteau ("Perte de chance en droit médical français" (1986), 32 *McGill L.J.* 126). He adds to the criticisms noted above the fear that recourse to loss of chance here brings the intensity of the doctor's obligation that much closer to one of result as opposed to the traditionally recognized obligation of means or diligence (at p. 148):

[TRANSLATION] The state of illness was already creating a risk and compromising the patient's future. The physician promised to do all he could to avoid the danger, but as his obligation was one of means he did not undertake to bring about such a result. He is to be held liable on the ground that by acting otherwise he might perhaps have attained that result. The paradox is that doubt as to what perhaps might have happened leads to the equivalent of an obligation of result. Once a pathological condition is by definition capable of developing various sequelae which the best efforts of a physician cannot entirely control (the standard of uncertainty), the final fate of the patient can only be determined by this "retrospective prognosis" condemned by academics. Only one event is certain: the patient did not recover, and without this certain result, how can it be said that chances were wasted? A chance is only a hope, an idea, not a thing of with the existence is certain.

A number of points can be extracted from this criticism of loss of chance. First, as noted above, Mémeteau does not claim that the doctor's obligation has actually been transformed into an obligation of result. He simply points out that the element of risk which is an inescapable part of the practice of medicine becomes, through loss of chance analysis, automatically attributed to the doctor once his or her fault has been established. Secondly, in the classical loss of chance cases, the chance is clearly lost as a result of the defendant's fault, whereas in the medical cases the chance is lost only when, subsequent to the doctor's fault, fate plays out the morbid rather than the recuperative aspect of the original risk. Finally, Mémeteau clearly rejects Boré's view of chance as

situation reviendrait à parler du même préjudice en des termes différents et maintenant hors de propos.

Dans un article plus récent, Gérard Mémeteau critique non moins sévèrement l'application de la perte de chance aux affaires médicales («Perte de chance en droit médical français» (1986), 32 *R.D. McGill* 126). Aux critiques déjà mentionnées, il ajoute la crainte que l'utilisation de la perte de chance dans pareil cas n'amène l'intensité de l'obligation du médecin beaucoup plus près de celle d'une obligation de résultat par opposition à l'obligation traditionnellement reconnue de moyens ou de diligence (à la p. 148):

L'état de maladie créait déjà un risque et compromettait l'avenir du malade. Le médecin promettait d'apporter tous ses soins en vue d'écarter ce danger, mais, tenu d'une obligation de moyens, ne s'obligeait pas à apporter ce résultat. Or, il devient responsable pour le motif qu'en agissant autrement, il aurait peut-être atteint ce résultat. Le paradoxe est que le doute sur ce qui aurait peut-être eu lieu conduit vers l'équivalent d'une obligation de résultat. À partir de l'instant où un état pathologique est susceptible, par définition, de développer des conséquences diverses que les meilleures diligences du médecin ne peuvent entièrement maîtriser (c'est le critère de l'aléa), le sort final du patient ne peut se reconstituer que par ce «pronostic rétrospectif» dénoncé par les auteurs. Un seul événement est certain: le malade n'est pas guéri, et sans ce résultat certain, comment écrire que des chances ont été gaspillées? Une chance n'est qu'un espoir, une idée, et non un bien certainement existant.

Il convient de souligner plusieurs aspects de cette critique de la perte de chance. D'abord, comme je l'ai déjà indiqué, Mémeteau n'affirme pas que l'obligation du médecin s'est vraiment transformée en obligation de résultat. Il souligne seulement que l'élément de risque, qui fait essentiellement partie de l'exercice de la médecine, est automatiquement supporté par le médecin, en raison de l'analyse fondée sur la perte de chance, dès que sa faute est prouvée. Ensuite, dans les cas classiques de perte de chance, la chance est manifestement perdue par la faute du défendeur, alors que dans les affaires médicales, la chance est perdue seulement si, après la faute du médecin, le hasard fait en sorte que, dans le risque initial, c'est la possibilité de maladie qui l'emporte

something to which the patient has a near-possessory right.

Mémeteau ends his commentary with a parting criticism: if the distortion created by loss of chance in medical cases is intended to favour patient-plaintiffs, then such a purpose should be openly admitted by its proponents. He states, at p. 150:

[TRANSLATION] Loss of chance . . . is and can only be a contortion of reasoning made for the sole purpose, which should at least be clearly admitted, of compensating the most avid victims of medical accidents or those with the best advice. This theory, a reconstruction of the future from the past, a placing of greater importance on one assumption among many, a wager on probability, is merely an artifice.

A careful and balanced appraisal of new developments in loss of chance can be found in Viney's work. Viney places her discussion of loss of chance in medical cases in the chapter on causation and entitles the section "*L'utilisation de la notion de 'perte d'une chance' pour alléger la charge de la preuve de la causalité*" ("Use of the notion of 'loss of chance' to alleviate the onus of proof of causation") (p. 436). She immediately distinguishes the medical cases from the classical applications of loss of chance:

[TRANSLATION] 370.—As we know, the courts now generally recognize that "loss of chance" is damage for which compensation may be obtained. A series of very celebrated judgments rendered in proceedings involving medical liability has shown that the usual meaning of this concept has sometimes been stretched so as to shift the object of proof of causation in the victim's favour and so make that proof easier.

In her opinion, this new trend causes theoretical difficulties, though not nearly as many or as serious difficulties as its critics suggest. She rejects, for example, the claim that the intensity of the doctor's obligation has been raised to one of result, noting that all decisions to that point had taken pains to establish

sur celle de guérison. Enfin, Mémeteau rejette carrément la façon dont Boré conçoit la chance comme quelque chose qui fait presque partie du patrimoine du patient.

Mémeteau termine son commentaire par une dernière critique: si la distorsion engendrée par la perte de chance dans les affaires médicales a pour but de favoriser le patient demandeur, les adeptes de cette théorie devraient alors l'admettre ouvertement. Il dit, à la p. 150:

La perte de chance [. . .] n'est, et ne peut être, qu'un détournement du raisonnement commis dans le seul but, qu'il aurait fallu au moins avouer clairement, d'indemniser les victimes les plus avides ou les mieux conseillées des accidents médicaux. Reconstruction de l'avenir à partir du passé, prééminence d'une hypothèse triée parmi les autres, pari sur les probabilités, cette théorie n'est qu'un artifice.

On trouve dans l'ouvrage de Viney, *op. cit.*, une analyse fouillée et équilibrée de l'évolution de la théorie de la perte de chance. Viney situe son analyse de la perte de chance dans les affaires médicales dans le chapitre qui traite du lien de causalité et intitule cette partie «L'utilisation de la notion de «perte d'une chance» pour alléger la charge de la preuve de la causalité» (p. 436). Elle distingue immédiatement les affaires médicales des applications classiques de la perte de chance:

370.—On sait que la jurisprudence admet aujourd'hui couramment que la «perte d'une chance» est un dommage susceptible d'ouvrir droit à réparation. Or une série d'arrêts très remarquables rendus en matière de responsabilité médicale montre que cette notion a été parfois détournée de sa signification habituelle et utilisée afin de déplacer, au profit de la victime, l'objet de la preuve de la causalité et, par là même, de faciliter celle-ci.

À son avis, cette nouvelle tendance soulève des difficultés théoriques, même si celles-ci sont moins nombreuses et moins graves que les critiques le laissent entendre. Elle rejette, par exemple, la prétention que l'intensité de l'obligation du médecin rejoint celle de l'obligation de résultat, soulignant que toutes les décisions rendues jusqu'à ce moment avaient pris soin de relever l'existence d'une faute du médecin

the doctor's fault in the nature of error, want of care, imprudence or negligence.

Regarding causation, however, Viney sees that there is clearly a problem in many of the medical cases, at p. 437:

[TRANSLATION] However, what is beyond question . . . is that this concept has been used by the judgments considered to justify partial compensation in situations where the causal link between the medical fault and the damage suffered by the patient was not established with certainty. To avoid denying all compensation the courts have ignored the concrete damage (the death or worsening of the patient's condition) the causal connection of which with the fault was not certain and have substituted an abstract diminutive of that damage (loss of chance to recover or not to die), which is by definition associated with the medical fault on account of the danger to which it necessarily exposes the patient's health. Accordingly, it cannot be denied that this is a reasoning device invented in order to get around the obstacle which the requirement of a definite causal link is likely to present to certain claims for compensation brought against the perpetrator of (proven) medical fault by the victim of damage (also established). [Emphasis added.]

In Viney's view, the clear objective of this trend is to reduce the burden of proof on plaintiffs attempting to establish a causal link in medical cases. She notes that often it is expert medical reports that raise causal doubts due to the tentative way in which they are often expressed. Viney is not necessarily opposed to the facilitating role which loss of chance serves in medical cases, but she favours other, more direct ways of accomplishing the task, at pp. 438-39:

[TRANSLATION] . . . while we feel it is acceptable to take a broad approach to the causal link between medical fault and the damage which the latter made likely, and this is in accordance with the general trend in the law of civil liability as a whole, we are less convinced that use of the technical procedure of "loss of chance" is a completely adequate means of achieving this objective. This means does not make it possible . . . to compensate in full for the actual and concrete damage (the death or worsening of the patient's condition). It requires the judge to cut down on the compensation to take into account "chances of recovery or survival" which the

caractérisée par une erreur, une maladresse, une imprudence ou une négligence.

Quant à la causalité, Viney constate qu'il y a manifestement une difficulté dans de nombreuses affaires médicales, à la p. 437:

Mais ce qui est incontestable [. . .] c'est que cette notion a été mise à profit par les arrêts étudiés afin de justifier une réparation partielle dans des hypothèses où la causalité entre la faute médicale et le dommage subi par le patient n'était pas établie avec certitude. Pour éviter de refuser toute indemnisation, les tribunaux ont alors fait abstraction du dommage concret (le décès ou l'aggravation de l'état du malade) dont le lien de causalité avec la faute n'était pas certain et lui ont substitué un diminutif abstrait de ce préjudice (la perte d'une chance de ne pas mourir ou de guérir) qui est par hypothèse relié à la faute médicale en raison du danger auquel celle-ci expose nécessairement la santé du patient. On ne saurait donc nier qu'il s'agit là d'un artifice de raisonnement inventé dans le but d'é luder l'obstacle que l'exigence d'une causalité certaine est susceptible d'opposer à certaines demandes d'indemnisation dirigées contre l'auteur d'une faute médicale (prouvée) par la victime d'un dommage (également établi). [Je souligne.]

Selon Viney, cette tendance a manifestement pour objet d'alléger le fardeau de preuve des demandeurs qui cherchent à établir l'existence d'un lien de causalité dans des affaires médicales. Elle mentionne que ce sont souvent les rapports d'expertise médicale qui soulèvent des doutes sur la causalité en raison des hypothèses qu'ils comportent. Viney n'est pas nécessairement contre la fonction d'allégement que remplit la perte de chance dans les affaires médicales, mais elle préfère d'autres façons plus directes de réaliser cet objectif, aux pp. 438 et 439:

. . . si le fait d'apprécier avec libéralisme la causalité entre la faute médicale et le dommage que celle-ci rendait vraisemblable nous semble normal et conforme aux tendances générales qui dominent l'ensemble du droit de la responsabilité civile, nous sommes moins convaincue (*sic*), en revanche, que le recours au procédé technique de la «perte d'une chance» soit parfaitement adéquat à la réalisation de cet objectif. Celui-ci ne permet pas en effet [. . .] de réparer intégralement le dommage réel et concret (la mort, l'aggravation de l'état du patient). Il oblige le juge à faire un abattement sur l'indemnisation pour tenir compte des «chances de guérison



victim still had despite the physician's fault. Clearly, in making such a reduction the court has no objective criterion: it is thus led to adopt arbitrary solutions and, in particular, as Dean Savatier has very aptly remarked, to project its own doubts regarding the likelihood of causation onto its assessment of the compensation.

Viney favours the concept of "*création fautive d'un état dangereux*" ("wrongful creation of a dangerous state") which facilitates courts in bridging the gap in causal certainty created by medical evidence falling below the one hundred percent level. This concept has been applied in a number of cases in France, and Viney recommends this approach over that of loss of chance, at p. 441:

[TRANSLATION] This new approach by the courts accordingly reduces the importance given after 1960 to "loss of chance" in establishing causation in medical fault. Proof of causation is now directly and openly expanded and liberalized on the basis of the danger inherent in fault committed in diagnosis, medical prescription or care.

Since Viney wrote in 1982, the courts in France continue to employ loss of chance in medical cases.

I will turn now, briefly, to the status of loss of chance in Belgium. An early assessment of the introduction of loss of chance to medical cases appeared in a book by Anrys (*La responsabilité civile médicale*, op. cit.). Anrys recognizes that the courts have accepted loss of chance as a type of damage in the classical, non-medical cases and have evaluated the damage according to the likelihood of its realization. He notes, however, that problems arise [TRANSLATION] "when it has become impossible by definition to know whether or not the chance would have been realized" (p. 39). He points out, at p. 40, that Belgian courts have recognized lost chances where the causal link was clear, but that French courts have used the theory as a causal substitute:

ou de survie» que la victime a conservées malgré la faute du médecin. Or, il est bien certain que, pour opérer cette réduction, le tribunal ne dispose d'aucun critère objectif: il est donc conduit à adopter des solutions arbitraires et notamment, comme l'a très justement remarqué M. le Doyen R. Savatier, à projeter dans l'évaluation de la réparation, ses propres doutes sur la vraisemblance de la causalité.

Viney préfère la notion de «création fautive d'un état dangereux» qui facilite la tâche aux tribunaux lorsqu'il leur faut suppléer à l'incertitude quant au lien de causalité engendrée par une preuve médicale qui ne convainc pas à cent pour cent. Cette notion a été appliquée dans un certain nombre d'affaires en France et Viney recommande de recourir à cette méthode plutôt qu'à la théorie de la perte de chance, à la p. 441:

Cette nouvelle orientation de la jurisprudence réduit donc le rôle attribué à partir de 1960 à la «perte d'une chance» quant au rôle causal de la faute médicale. C'est désormais directement et ouvertement que la preuve de la causalité est élargie et libéralisée sur le fondement du danger inhérent à la faute commise dans le diagnostic, les prescriptions médicales ou les soins.

Depuis la parution de l'ouvrage de Viney, en 1982, les tribunaux français ont continué d'avoir recours à la théorie de la perte de chance dans les affaires médicales.

Je traiterai maintenant brièvement de la situation de la perte de chance en Belgique. Une première constatation de l'utilisation de la perte de chance dans des affaires médicales apparaît dans un livre d'Anrys (*La responsabilité civile médicale*, op. cit.). Anrys reconnaît que les tribunaux ont accepté la perte de chance comme un type de dommage dans des affaires classiques non médicales et qu'ils ont évalué les dommages en fonction de la probabilité qu'ils avaient de se réaliser. Il fait cependant remarquer que des difficultés surviennent «lorsqu'il est devenu impossible par définition de savoir si la chance se serait réalisée ou non» (p. 39). Il souligne, à la p. 40, que les tribunaux belges ont admis la perte de chance dans les cas où le lien de causalité était clair, mais que les tribunaux français ont eu recours à cette théorie comme substitut de la causalité:

[TRANSLATION] In the medical field [in Belgium], the courts have accepted loss of chance of recovery due to not making examinations required by the current state of medical science, the making of which would without any possible question have allowed for an accurate diagnosis and consequently effective treatment. However, there has also been a distortion of the concept since 1965 in France, where the courts have transposed it from the level of damage to that of causation in order to dispense with proof of this connection. [Emphasis added.]

He rejects the French trend as tending to establish the principle that every fault of a doctor, if it has not caused the actual damage, will at least have caused the loss of a chance of cure or improvement. This trend violates the rule that: [TRANSLATION] “[t]he causal link must be established and it is established when the damage in its concrete form would not have occurred without the fault” (p. 40). He points out that the Belgian courts have applied loss of chance only with the greatest of caution (“*avec énormément de prudence*”) (p. 192). He cites numerous cases where the courts have rejected loss of chance arguments due to weaknesses in the proof as to the causal link. (See, e.g., Brussels, February 12, 1957, *Pas.* 1958, II, 1; Liège, 7th Ch., November 24, 1971, unreported, R.G. No. 1201/70.)

Hennau-Hublet has also provided a discussion of loss of chance in both France and Belgium in a recent book. Her book deals with the theory as it has developed in both the civil and penal jurisdictions.

Hennau-Hublet situates the problem as follows: “*La problématique du lien causal en matière médicale. Premier contexte: une faute médicale (le plus souvent d’omission) se greffe sur un processus morbide préexistant ou concomitant*” (“The problem of the causal link in medical cases. First context: a medical fault (usually one of omission) occurs in addition to a pre-existing or concomitant morbid process”) (p. 231). She notes first that, in a few cases, both the Belgian criminal and civil courts have cautiously followed their French counterparts in applying loss of chance in medical cases (e.g., Brussels, January 19, 1965, *Pas.* 1966, II, 13, and Brussels, 2nd Ch. civ., October 22, 1982, unreported, appeal

Dans le domaine médical [en Belgique], on a retenu la perte de chances de guérison due au défaut d’examen nécessaires dans l’état actuel de la science et dont l’exécution aurait permis sans discussion possible le diagnostic exact et par là un traitement efficace. Mais on a également assisté en France à un gauchissement de la notion, qui a été transposée par la jurisprudence depuis 1965, du plan du dommage à celui de causalité pour dispenser de la preuve de ce lien. [Je souligne.]

Il rejette la tendance française d’ériger en principe que toute faute du médecin, si elle n’a pas causé le préjudice constaté, fait au moins perdre une chance de guérison ou d’amélioration de son état au malade. Cette tendance est contraire à la règle selon laquelle «[l]e lien de causalité doit être nécessairement établi et il revêt ce caractère lorsque le dommage tel qu’il se présente in concreto ne se serait pas réalisé sans la faute» (p. 40). Il souligne que les tribunaux belges ont appliqué la perte de chance «avec énormément de prudence» (p. 192). Il cite de nombreux cas où les tribunaux ont rejeté les arguments fondés sur la perte de chance à cause de la faiblesse de la preuve du lien de causalité. (Voir, par exemple, Bruxelles, 12 février 1957, *Pas.* 1958, II, 1; Liège, 7<sup>e</sup> Ch., 24 novembre 1971, inédit, R.G. n<sup>o</sup> 1201/70.)

Hennau-Hublet a aussi traité de la perte de chance en France et en Belgique dans un ouvrage récent. Son livre porte sur l’évolution de cette théorie tant devant les juridictions civiles que devant les juridictions pénales.

Hennau-Hublet énonce le problème comme suit: «*La problématique du lien causal en matière médicale. Premier contexte: une faute médicale (le plus souvent d’omission) se greffe sur un processus morbide préexistant ou concomitant*» (p. 231). Elle commence par signaler que, dans quelques affaires, les tribunaux civils et criminels belges ont suivi les instances équivalentes en France et ont appliqué la perte de chance à des affaires médicales (par exemple, Bruxelles, 19 janvier 1965, *Pas.* 1966, II, 13, et Bruxelles, 2<sup>e</sup> ch. civ., 22 octobre 1982, inédit, rejet

dismissed Cass. 1st Ch., January 19, 1984, *Pas.* 1984, I, 548).

Hennau-Hublet is critical of the new developments. First, she points out that statistics showing less than certain efficacy of a medical procedure should not dissuade courts from linking the doctor's fault to the actual damage (death or infirmity) which results (at pp. 246 and 248):

[TRANSLATION] ... this statistical assessment of the chances that the damage will or will not occur is made on the basis of a theoretical or ideal situation: even in cases of sound medical practice there is the possibility that the disease will still develop unfavourably towards lesion or death. This possibility is calculated. It is only an *abstract or theoretical average*.

In actual fact the judge has to cope with a quite different specific situation: in treating a disease, the physician did *not* adopt the specific measure that was required, which could have halted the progress of the disease.

Accordingly, the results of the probability calculation made on the assumption of adequate medical treatment are modified by contact with the actual situation of medical fault.

Thus, how are we to assess the causal power and function of the physician's fault of omission in terms of a statistical causal average calculated on the basis of premises *contrary* to the factual situation which the judge must consider?

. . .

The fact that an area of risk remains does not *ipso facto* exclude the existence of a causal link between established fault by the physician and the damage suffered by the patient. [Emphasis in original.]

According to Hennau-Hublet, an unwarranted reliance on statistical doubt explains the reluctance of the criminal courts (in their civil jurisdiction) to find a causal link in medical cases involving omissions; but this attitude also explains the civil courts' recourse to loss of chance analysis where causation is apparently (i.e. statistically) uncertain.

In order to avoid unnecessary difficulty with statistical evidence, she recommends that courts ensure

du pourvoi par Cass. 1<sup>er</sup> ch., 19 janvier 1984, *Pas.* 1984, I, 548).

Hennau-Hublet critique cette évolution. D'abord, elle souligne que les statistiques qui démontrent une efficacité de la procédure médicale moins que certaine ne devraient pas décourager les tribunaux d'établir un lien entre la faute du médecin et le préjudice subi (le décès ou la lésion) (aux pp. 246 et 248):

... cette évaluation statistique des chances de survenance ou de non-survenance du dommage s'effectue au départ d'une situation théorique, idéale: en présence de la bonne attitude médicale subsiste l'aléa que le processus morbide évolue néanmoins défavorablement vers la lésion ou le décès. Cet aléa est chiffré. Il ne constitue qu'une *moyenne abstraite, théorique*.

En réalité, le juge a à connaître d'une situation concrète toute autre: face à un contexte morbide, le médecin n'a *pas* adopté la mesure spécifique qui s'imposait et qui pouvait dériver le processus morbide de son cours.

Dès lors, les résultats du calcul de probabilité effectué dans l'hypothèse d'une activité médicale adéquate se modifient au contact d'une situation réelle de faute médicale.

Aussi, comment apprécier le pouvoir causal et le rôle causal de la faute d'omission du médecin au regard d'une moyenne causale statistique calculée au départ de prémisses *contraires* à la réalité des faits soumis à l'appréciation du juge?

. . .

Ce n'est pas parce que demeure une zone de hasard qu'il faut exclure *ipso facto* l'existence d'un lien causal entre la faute établie dans le chef du médecin et le dommage qu'a subi le malade. [En italique dans l'original.]

Selon Hennau-Hublet, le recours injustifié au doute statistique explique la réticence des tribunaux criminels (dans l'exercice de leur compétence civile) à constater l'existence d'un lien de causalité dans les affaires médicales portant sur des omissions, mais cette attitude explique également l'utilisation de l'analyse fondée sur la perte de chance par les tribunaux civils quand le lien de causalité paraît (par exemple, statistiquement) incertain.

Pour écarter toute difficulté inutile avec les preuves statistiques, elle suggère que les tribunaux

that the causal analysis is accomplished with full awareness of the particular facts of the case. This requires a concrete appreciation of the causal power of the fault and of the whole nature of the damage. She then goes on to show that in numerous cases where the court rejected the causal link and instead applied the theory of loss of chance, a more classical analysis was available (see p. 267). She also claims that the requirement that a fault have entirely eliminated any chance of survival—suggested by Chabas, for example, and sometimes applied by the Belgian courts—is equally unnecessary (p. 273).

### Quebec

I propose first to deal with the limited doctrinal discussion of loss of chance in Quebec before moving on to the more detailed treatment of the subject which can be found in the decisions of the courts of the province.

Both the Court of Appeal and the parties in this case refer to an extract from Baudouin (now of the Court of Appeal) in his *La responsabilité civile délictuelle*, op. cit. In the chapter on damages he discusses the question of certainty of damages as well as problems of the fixedness of future damages, that is, the problems associated with ascertaining and assessing those damages. It is in this context that loss of chance is discussed, and it will be useful to cite the passage in its entirety, at pp. 106-7:

[TRANSLATION] 183.—*Loss of chance*—It also compensates for what can be called *loss of chance*. In this case, it is not so much the actual loss which the court is seeking to compensate but rather the disappearance, because of the occurrence of the fault, of the chance either to avoid a loss or to make a profit. The theoretical difficulty is that the damage which is being claimed for is not only future but, by definition even, uncertain. No one can say with certainty whether the loss could have been avoided or the profit made if the fault had not occurred. However, the courts, recognizing that merely being deprived of a possibility is a direct damage, have applied this concept. Thus, when following the death of a child the parents are awarded a sum of money for loss of future support, this must clearly be regarded as loss of a chance. It is not certain that the parents would have

veillent à ce que l'analyse du lien de causalité ait lieu en parfaite connaissance des faits particuliers de l'espèce. Cela exige une appréciation concrète du pouvoir causal de la faute et de toute la nature du préjudice. Elle poursuit en montrant que, dans de nombreux cas où le tribunal a rejeté le lien causal et plutôt appliqué la théorie de la perte de chance, une analyse plus classique était possible (voir p. 267). Elle soutient aussi que la condition qu'une faute ait entièrement éliminé toute chance de survie—que Chabas a, par exemple, proposée et que les tribunaux belges ont parfois appliquée—est également inutile (p. 273).

### Au Québec

Je me propose d'examiner d'abord l'analyse doctrinale restreinte de la perte de chance au Québec avant de passer à l'examen plus détaillé du sujet qu'on trouve dans les décisions judiciaires de la province.

La Cour d'appel et les parties au présent pourvoi ont toutes invoqué un extrait du livre de Baudouin (maintenant juge de la Cour d'appel), intitulé *La responsabilité civile délictuelle*, op. cit. Dans le chapitre sur les dommages, il examine la question de la certitude du dommage de même que le problème de la permanence du préjudice futur, c'est-à-dire les problèmes liés à la détermination des dommages et à leur évaluation. La perte de chance est analysée dans ce contexte et il est utile de citer au complet le passage qu'on trouve aux pp. 106 et 107:

183.—*Perte d'une chance*—Elle indemnise également pour ce que l'on peut appeler la *perte d'une chance*. Dans ce cas, ce n'est pas tant la perte effective que le tribunal cherche à compenser, mais plutôt la disparition, en raison de la survenance de l'acte fautif, de la chance soit d'éviter une perte, soit de réaliser un profit. La difficulté théorique est que le préjudice pour lequel on réclame est non seulement futur, mais, par définition même, aléatoire. Si l'acte fautif n'était pas survenu, nul ne peut dire avec certitude si la perte aurait pu être évitée ou le profit réalisé. Toutefois, les tribunaux, reconnaissant que la simple privation d'une possibilité constitue un préjudice direct, en font application. Ainsi, lorsque les parents, à la suite du décès d'un enfant, se voient accorder une somme pour la perte de soutien futur, on doit considérer qu'il s'agit bien de perte d'une

needed such support or that the child would have been able to provide it. However, the fault has extinguished this possibility, this hope, this legitimate expectation of support. This is also the case in contractual matters when a lawyer whose services have been retained allows prescription to intervene and so loses the action which his client could have brought. In some cases no one can say with certainty whether the client would have been successful and how much he might have been awarded. The court will compensate him, however, because the fault has extinguished all possibility of recovering his debt. The courts have also applied this concept in a case where paramedical treatment caused an individual to lose the chance of improving his physical condition. [Emphasis in original.]

Most of the examples which Baudouin cites are classical, in French and Belgian terms. The last medical example refers to the case of *Tardif v. Laverrière*, Sup. Ct. Mégantic, No. 6210, November 10, 1976 (summarized at [1976] C.S. 1803), and I will have occasion to discuss this case later.

Maurice Tancelin (*Des obligations: contrat et responsabilité* (4th ed. 1988)) sets out the general rules regarding damages and notes in particular, at p. 336, the difficulty in distinguishing between damage which is real and certain and damage which is future and only possible:

[TRANSLATION] 553. *Actual damage*—Possible, virtual or potential damage is not sufficient to give rise to civil liability . . .

However, in practice it is not so easy to distinguish between actual and possible damage. The case law includes borderline cases where loss of chance is regarded as damage for which there should be compensation. This is true of “expectation of future support” given by a child to its parents. [Emphasis added.]

In *Théorie de la responsabilité civile* (2nd ed. 1980), Jean Pineau and Monique Ouellette also deal with loss of chance in their discussion of whether the damage must indeed be real and certain. They state first that future damage will always be compensated where it is certain that it will occur. They note, at p. 19, that courts also tend to award

chance. Il n’est pas sûr, en effet, que les parents auraient eu besoin de ce soutien, non plus que l’enfant aurait pu remplir ce devoir. La faute a cependant réduit à néant cette possibilité, cet espoir, cette espérance légitime de soutien. En matières contractuelles, il en est également ainsi lorsqu’un avocat qui s’est vu confier un mandat judiciaire laisse passer la prescription et perd ainsi le recours que son client pouvait exercer. Dans certains cas, personne ne peut dire avec certitude si celui-ci aurait eu gain de cause et à combien la condamnation aurait pu se chiffrer. Le tribunal l’indemniserait cependant parce que la faute a réduit à néant toute possibilité de récupération de sa créance. La jurisprudence a aussi fait appel à cette notion dans une affaire où un traitement paramédical avait fait perdre à un individu la chance d’améliorer sa condition physique. [En italique dans l’original.]

La plupart des exemples cités par Baudouin sont des exemples classiques de la doctrine française et belge. Le dernier exemple du domaine médical est celui de l’affaire *Tardif c. Laverrière*, C.S. Mégantic, n° 6210, 10 novembre 1976, (résumé à [1976] C.S. 1803), et j’aurai l’occasion d’analyser cette décision plus loin.

Maurice Tancelin (*Des obligations: contrat et responsabilité* (4<sup>e</sup> éd. 1988)) énonce les règles générales au sujet du préjudice et note, en particulier, à la p. 336, la difficulté de distinguer entre le préjudice réel et certain et le préjudice futur et simplement éventuel:

553. *Préjudice réel*—Le préjudice éventuel, virtuel ou potentiel n’est pas suffisant pour engager la responsabilité civile . . .

Mais l’opposition n’est pas aussi simple à faire en pratique entre un préjudice réel et un préjudice éventuel. La jurisprudence présente des cas limites où la perte d’une chance est considérée comme un dommage indemnisable. Ainsi en est-il de «l’expectative de soutien futur» qu’offre un enfant à ses parents. [Je souligne.]

Dans *Théorie de la responsabilité civile* (2<sup>e</sup> éd. 1980), Jean Pineau et Monique Ouellette examinent aussi la perte de chance dans leur étude de la question de savoir si le préjudice doit vraiment être réel et certain. Ils commencent par dire que le préjudice futur fait toujours l’objet d’une indemnisation s’il est certain qu’il se produira. Ils soulignent, à la

damages in cases of damage which is less than certain:

[TRANSLATION] However, we know that the law does not always require certainty and sometimes accepts likelihood. Accordingly, compensation may be obtained for future damage. The lack of certainty regarding future damage has the consequence of giving the judge a rather wide discretion in assessing that damage.

They go on to observe at pp. 19-20 that damage which is only possible and therefore hypothetical is not compensable, and that loss of chance appears to be an exception to this rule:

[TRANSLATION] On the other hand, damage which is possible and so only hypothetical will not be compensated for: if there is any doubt as to whether or not the damage will occur, no compensation will be allowed; it is impossible to prove that such damage will definitely occur some day . . .

Though compensation may not be had for possible damage, all the authors admit that loss of chance can constitute actual damage for which compensation may be obtained. Someone who, for instance, is prevented by the fault of another from entering a competition which he would have had a chance of winning (loss by the seller of a lottery ticket stub) thereby suffers damage for which he may obtain compensation. Someone who through his lawyer's fault loses a case he had some chance of winning (the lawyer allowed prescription to run) suffers a damage that is certain or "a certain damage" . . . the chance existed, but it was lost. [Italics in original; emphasis added.]

It is not clear to which authors Pineau and Ouellette refer, though clearly, as we have seen, French authorities provide plentiful support for this view.

Before turning to the medical context, it might be useful to look briefly at some of the cases referred to in the footnotes to the texts quoted above in order to understand loss of chance as it has developed in Quebec in less controversial cases. In these cases, I observe that the courts are certainly presented with difficult questions—lost chances which require some speculation on the courts' part—but where they have

p. 19, que les tribunaux ont tendance à accorder des dommages-intérêts pour un préjudice qui est moins que certain:

<sup>a</sup> Mais nous savons que le droit n'exige pas toujours la certitude et que parfois il se contente de vraisemblances. Donc le préjudice futur est réparable. Le manque de certitude quant au dommage futur entraîne comme conséquence une discrétion assez grande de la part du juge dans l'évaluation de ce dommage.

<sup>b</sup> Ils font ensuite observer, aux pp. 19 et 20, que le préjudice qui est simplement possible et donc hypothétique n'est pas susceptible d'indemnisation, et que la perte de chance paraît être une exception à cette règle:

<sup>c</sup> Au contraire, ne sera pas réparable le dommage éventuel qui, lui, n'est qu'hypothétique: s'il existe un doute sur le point de savoir si le préjudice se réalisera ou non, aucune réparation ne pourra être admise: il est impossible de prouver que ce préjudice se réalisera de façon certaine un jour ou l'autre. . .

<sup>e</sup> Même si le dommage éventuel ne peut pas être réparé, tous les auteurs admettent que la perte d'une chance peut constituer un dommage véritable, susceptible de réparation. Celui qui, par exemple, par la faute d'une personne, serait empêché de participer à un concours qu'il aurait eu des chances de gagner (perte, par le vendeur, du talon d'un billet de Loto), subirait de ce fait un préjudice susceptible d'être réparé. Celui qui, par la faute de son avocat, perd un procès qu'il avait quelque chance de gagner (l'avocat a laissé courir la prescription), subit un préjudice «certain» ou un «certain préjudice» . . . la chance existait, mais elle a été perdue. [En italique dans l'original; je souligne.]

<sup>h</sup> On ne sait pas clairement à quels auteurs Pineau et Ouellette se réfèrent, mais il est évident, comme nous l'avons vu, que la doctrine française appuie abondamment ce point de vue.

<sup>i</sup> Avant d'aborder le contexte médical, il pourrait être utile d'examiner brièvement certaines des décisions mentionnées dans les notes de renvoi des textes cités ci-dessus pour comprendre la perte de chance telle qu'on l'a formulée au Québec dans des situations moins sujettes à controverse. Je souligne que, dans ces affaires, les tribunaux sont certainement confrontés à des questions difficiles—ce sont des

sufficient proof to establish a causal link on the balance of probabilities, they conclude that the fault and damage are fully connected, and they do so without recourse to the elaborate loss of chance analysis which was explained in the last section. The causal link is established between the fault and the final damage, and while the “intermediate” damage represented by the loss of chance may be mentioned in the course of the analysis, the courts’ preference is to follow the link through to its fullest extent. The damage is not the chance itself but rather the benefit unrealized or the injury unavoided. Where such damage is a condition of civil responsibility (in the fault, causation and damage equation), the courts probably require proof on the balance of probabilities. Effectively, the damage is considered present and certain and, accordingly, the damages can be evaluated at their full value. In cases where the responsibility has already been established regarding some concrete initial damage, and where the loss of a desired future result is an alleged consequence of the initial damage, then the court’s attention will properly be focussed on the real damage represented by the loss of the future result, and questions of probability will only be considered, along with other relevant facts, in the evaluation of damages. In both instances, it is the real damage and not the chance which is the preoccupation of the court. Naturally, in the present case, we are most concerned with cases where the analysis of the loss of chance situation is vital to the initial finding of causation and, hence, responsibility.

In his brief discussion of loss of chance, Baudouin refers to the familiar case of parents, following the death of their child, claiming loss of future support. In the case of *Grenier v. Gervais*, [1950] Que. K.B. 60, for example, the trial judge awarded a sum of \$2,000 for “deprivation of future services” following the death of a fifteen year old who was about to start working. St. Jacques J.A. approved this award of damages noting that [TRANSLATION] “in all probability”, and according to the available proof, the boy would have earned a salary similar to that of his

pertes de chance qui exigent certaines hypothèses de la part du tribunal—mais s’ils disposent d’une preuve suffisante pour établir l’existence d’un lien de causalité selon la prépondérance des probabilités, ils concluent que la faute et le préjudice sont entièrement liés, et ils le font sans avoir recours à l’analyse compliquée fondée sur la perte de chance qui a été expliquée dans la partie précédente. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice final est prouvé et bien qu’on puisse mentionner le préjudice «intermédiaire» que représente la perte de chance dans le cours de l’analyse, les tribunaux préfèrent suivre ce lien jusqu’à son aboutissement. Le préjudice ne réside pas dans la chance elle-même mais plutôt dans le profit non réalisé ou dans la perte qui n’a pas été évitée. Lorsqu’un tel préjudice est une condition de responsabilité civile (dans l’équation faute, causalité et préjudice), les tribunaux exigeront probablement une preuve selon la prépondérance des probabilités. En réalité, le préjudice est considéré comme présent et certain et, en conséquence, les dommages-intérêts peuvent être évalués à leur pleine valeur. Dans les cas où la responsabilité est déjà prouvée à l’égard d’un certain préjudice initial et concret, et lorsqu’on allègue que la perte d’un résultat anticipé est la conséquence du préjudice initial, alors la cour devra porter son attention sur le préjudice réel que représente la perte du résultat futur et les questions de probabilité ne seront alors considérées, avec les autres facteurs pertinents, que pour évaluer les dommages-intérêts. Dans les deux cas, le sujet de préoccupation de la cour est le préjudice réel et non la chance. Naturellement, en l’espèce, nous nous intéressons davantage aux affaires où l’analyse de la perte de chance est essentielle à la conclusion initiale qu’il existe un lien de causalité et, en conséquence, une responsabilité.

Dans sa brève analyse de la perte de chance, Baudouin fait état du cas bien connu des parents qui, à la suite du décès de leur enfant, réclament une somme pour la perte de soutien futur. Dans l’affaire *Grenier v. Gervais*, [1950] B.R. 60, par exemple, le juge de première instance avait accordé la somme de 2 000 \$ pour la [TRANSLATION] «privation de services futurs» en raison du décès d’un enfant de quinze ans qui était sur le point de commencer à travailler. Le juge St-Jacques de la Cour d’appel a approuvé le montant de dommages-intérêts accordés, soulignant que

older brothers and that the damages were therefore reasonable. Four judges of the Court of Appeal accepted these damages, although two dissented as to the quantum. I note that in this case the defendant's responsibility for the child's death had already been established.

Baudouin also mentions the example of a lawyer who neglects or mishandles his or her client's case and allows it to be prescribed or blocked. In *Lacourcière v. Laplante*, [1976] C.A. 433, a lawyer, Lacourcière, had been instructed by Laplante to sue two defendants, but through his own fault sued only one. At trial it was decided that the person who had not been named as a defendant had been responsible. Laplante sued Lacourcière and obtained judgment at first instance. On appeal, Bernier J.A. reviewed the evidence and concluded that had the proper defendant been named, Laplante would have succeeded in the first trial: [TRANSLATION] "there is no doubt that the Superior Court would have been justified in holding him responsible for the accident and would have ordered him to compensate the respondent" (p. 435) (emphasis added). The causal link was clearly established between the lawyer's neglect and the fully realized chance, as represented by the damages which would have been recovered in the negligently handled first action.

The analysis used by the Court of Appeal in this case is typical of the way Quebec courts approach such situations. Patrick Molinari ("*La responsabilité civile de l'avocat*" (1977), 37 *R. du B.* 275) describes the usual procedure in cases of lawyer's responsibility, at pp. 291-92:

[TRANSLATION] 3.4. *Causal link and damage suffered*

When a fault has been committed and the victim complains of damage, he must show a direct relationship between the two, must to some extent prove that the damage is the consequence of the act of fault. In cases involving a lawyer's liability the question of causal link is quite clearly settled. The plaintiff in an action must establish that he would have succeeded in the first pro-

«selon toute probabilité» et d'après la preuve soumise, le garçon aurait gagné un salaire semblable à celui que ses frères aînés gagnaient et que les dommages-intérêts étaient donc raisonnables. Quatre juges de la Cour d'appel ont approuvé l'attribution de dommages-intérêts, quoique deux d'entre eux n'aient pas été d'accord sur le montant accordé. Je souligne que, dans ce cas, la responsabilité du défendeur à l'égard du décès de l'enfant était déjà établie.

Baudouin mentionne aussi l'exemple de l'avocat qui néglige l'affaire de son client ou s'en occupe mal et la laisse prescrire ou devenir périmée. Dans l'arrêt *Lacourcière c. Laplante*, [1976] C.A. 433, un avocat nommé Lacourcière avait reçu mandat d'une cliente nommée Laplante de poursuivre deux défendeurs, mais, par sa propre faute, il n'en a poursuivi qu'un seul. Au procès, on a conclu que la personne qui n'avait pas été poursuivie était celle qui était responsable. Laplante a intenté une action contre Lacourcière et a eu gain de cause en première instance. En appel, le juge Bernier a analysé la preuve et conclu que si le bon défendeur avait été poursuivi, Laplante aurait eu gain de cause dans la première action: «il ne fait pas de doute que la Cour supérieure eût été justifiée de le tenir responsable de l'accident et l'aurait condamné à indemniser l'intimée» (p. 435) (je souligne). Le lien de causalité était clairement établi entre la négligence de l'avocat et la chance parfaitement réalisée que constituaient les dommages-intérêts qu'on aurait obtenus dans la première action menée avec négligence.

L'analyse à laquelle procède la Cour d'appel dans cet arrêt est typique de la façon dont les tribunaux du Québec abordent ces situations. Patrick Molinari ("*La responsabilité civile de l'avocat*" (1977), 37 *R. du B.* 275) décrit la procédure ordinairement utilisée dans les affaires de responsabilité d'avocat, aux pp. 291 et 292:

3.4. *Le lien de causalité et le préjudice subi*

Lorsqu'une faute a été commise et que la victime se plaint d'un préjudice, elle doit démontrer la relation directe existant entre l'une et l'autre, prouver en quelque sorte, que le dommage est la conséquence de l'acte fautif. En matière de responsabilité de l'avocat, la question de lien de causalité est assez clairement tranchée. Le demandeur de l'action doit établir qu'il aurait réussi



ceeding but for the fault of his counsel. . . . Thus, if the plaintiff alleges that he lost his case because of his counsel's negligence, the court will have to decide on the eventual outcome of the first proceeding and determine whether the plaintiff would have succeeded.

This type of analysis is necessarily speculative, but the courts do not generally or overtly adjust damages according to the probability of the chance in question. The fault is linked to the final damage—that which the party would have obtained but for the lawyer's fault—and the causal analysis proceeds accordingly. This analysis is made easier by the availability of evidence from the first trial and by the judge's expertise in matters of law. Molinari points out that courts will not always award the full amount sought in the first action, but this appears to be a function of the strength of the case rather than the chance of success. This distinction may seem overly nice, but it is important. We are interested in determining whether lost chance situations are dealt with as matters of chance or as matters requiring an assessment of what actually would have occurred. The courts of Quebec appear to prefer the latter approach.

An example of this approach can be found in the case of *Beaupré v. Joly*, [1971] C.S. 199, which is cited by both Baudouin and Molinari. In that case, Beaupré mandated his lawyer, Joly, to sue a municipality following a motorcycle accident. Joly neglected the file and allowed the claim to become prescribed. Beaupré sued Joly to recover the damages which he allegedly lost as a result of the lawyer's fault and the trial judge granted his action. The judge noted, however, that the proof revealed that Beaupré had been responsible in the motorcycle accident to the extent of forty percent, and, accordingly, damages valued at \$23,120 were decreased to \$13,872. This type of analysis proceeds from the basis of the actual damage which, in the court's view, the client would have received but for the lawyer's neglect. The damages are discounted not on the basis of an assessment of probabilities, but according to the principles

dans le premier recours si ce n'était de la faute de son procureur. [. . .] Donc, si le demandeur allègue qu'il a perdu son recours à cause de la négligence de son avocat, le tribunal devra se pencher sur le sort éventuel du premier recours et déterminer si le plaignant aurait réussi.

Une analyse de ce genre est nécessairement spéculative, mais, en général, les tribunaux n'ajustent pas ouvertement les dommages-intérêts en fonction de la probabilité de réalisation de la chance en question. La faute est liée au préjudice final—c'est-à-dire ce que la partie aurait obtenu sans la faute de l'avocat—et l'analyse de la causalité se fait en conséquence. Cette analyse est facilitée par la disponibilité des éléments de preuve relatifs à la première action et par la compétence du juge en matière de droit. Molinari souligne que les tribunaux n'accordent pas toujours le plein montant réclamé dans la première action, mais que ce qu'ils accordent semble dépendre davantage de la mesure où la cause est bien fondée que de la chance de succès. Cette distinction peut sembler excessivement subtile, mais elle est importante. Nous sommes intéressés à déterminer si les cas de perte de chance sont traités comme des questions de probabilité ou comme des questions qui exigent l'évaluation de ce qui se serait effectivement produit. Les tribunaux du Québec semblent préférer la deuxième façon de procéder.

On en trouve un exemple dans la décision *Beaupré v. Joly*, [1971] C.S. 199, que Baudouin et Molinari citent tous deux. Dans cette affaire, Beaupré avait donné mandat à son avocat, Joly, de poursuivre une municipalité à la suite d'un accident de motocyclette. Joly ne s'occupe pas du dossier et laisse prescrire la réclamation. Beaupré intente contre Joly une action en dommages-intérêts afin de recouvrer l'indemnité qu'il soutient avoir perdue par la faute de l'avocat et le juge de première instance accueille l'action. Le juge note cependant que, selon la preuve, Beaupré était responsable de l'accident de motocyclette dans une proportion de quarante pour cent et il réduit en conséquence les dommages-intérêts de 23 120 \$ à 13 872 \$. Cette forme d'analyse procède de l'indemnité réelle que, de l'avis du tribunal, le client aurait obtenue sans la négligence de l'avocat. L'indemnité est réduite non en fonction de l'évaluation des proba-

of law which would have actually governed the case had it been heard in the first place.

Jacques J.A. in the case before us cites *Brabander v. Goulet*, *supra*, which is a case of notarial responsibility. The notary, Brabander, failed to register a hypothec in favour of Goulet and thereby deprived her of a means of ensuring payment of a loan. In an action for recovery of the loan, Goulet sued Brabander and three others for inexecution of contractual obligations and Brabander alone for delictual responsibility (based on conflict of interest, abuse of functions and fraud). The trial judge found in favour of Goulet and held the four defendants jointly and severally liable for the debt of \$27,000. On appeal, Brabander claimed, *inter alia*, that no causal link had been established between [TRANSLATION] “the actions and schemes of the appellant and the damage alleged by the respondent” (p. 38). The unanimous Court of Appeal answered that claim as follows, at p. 39:

[TRANSLATION] ... there is no doubt that a cause-and-effect relationship exists between the appellant's acts and the damage incurred. As the debt is outstanding and unpaid, the mere fact that the notary Brabander neglected to see that the creditor was protected by a hypothec ... is sufficient in itself to conclude that, in all probability, she has by her representative's negligence been deprived of a means of reimbursement. That, apart from all the other circumstances disclosed by the evidence, is something which justifies the conclusion that there is a relationship between the fact and the damage. [Emphasis added.]

As stated above, the notary was held jointly and severally liable for the whole amount of the damages. I conclude that the Court viewed the causal link as having been fully established, i.e. the link between the fault of the notary and the actual damage represented by the whole amount of the defaulted loan. This is not then a case which applies a loss of chance analysis along the lines discussed in the last section.

In a recent case involving the responsibility of an insurance broker, the full loss of chance analysis was

bilités, mais en fonction des principes de droit applicables à l'affaire si elle avait été entendue en premier lieu.

En l'espèce, le juge Jacques cite l'arrêt *Brabander c. Goulet*, précité, une affaire de responsabilité notariale. Le notaire Brabander omet d'enregistrer un acte d'hypothèque en faveur de Goulet et prive ainsi cette dernière d'un moyen d'assurer le paiement d'un prêt. Dans une action en remboursement du prêt, Goulet poursuit Brabander et trois autres défendeurs pour inexécution d'obligations contractuelles et Brabander seul pour responsabilité délictuelle (en raison d'un conflit d'intérêts, d'un abus de fonctions et d'une fraude). Le juge de première instance accueille l'action de Goulet et condamne les quatre défendeurs conjointement et solidairement à rembourser la dette de 27 000 \$. En appel, Brabander soutient, notamment, que l'existence d'un lien de causalité n'est pas établie entre «les actes et agissements de l'appellant et le préjudice allégué par l'intimée» (p. 38). La Cour d'appel, à l'unanimité, répond ainsi à cet argument, à la p. 39:

... il ne fait aucun doute qu'il existe une relation de cause à effet entre les actes de l'appellant et le préjudice encouru. Étant établi que la créance est en souffrance et impayée, le seul fait que le notaire Brabander a négligé de voir à ce que la créancière soit protégée par une hypothèque [...] est à lui seul suffisant pour conclure que, selon toutes probabilités, elle a été, par la négligence de son mandant, frustrée d'un moyen de remboursement. C'est là, en outre de toutes les autres circonstances révélées par la preuve, un élément qui justifie la conclusion d'une relation entre le fait et le dommage. [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà mentionné, on a tenu le notaire conjointement et solidairement responsable de la totalité des dommages-intérêts. Je conclus que la cour a considéré que l'existence du lien de causalité avait été entièrement prouvée, c'est-à-dire le lien entre la faute du notaire et le préjudice réel représenté par le montant total du prêt impayé. Ce n'est donc pas une affaire à laquelle on a appliqué une analyse fondée sur la perte de chance du genre de celle visée plus haut.

Dans une affaire récente portant sur la responsabilité d'un courtier d'assurances, le juge Jacques, dissi-

applied in dissent by Jacques J.A. (*Sol-Air B.G. Inc. v. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206 (C.A.)). I think that it is worthwhile to consider this case briefly.

Sol-Air provided airline services. Its airplanes were insured through Marsh & McLennan, insurance broker. The policy listed the planes which were insured and the pilots who were authorized to fly them. Wishing to add a pilot to the list, Sol-Air contacted its broker and requested the change to the policy. The broker dealt with the request negligently, notably failing to return the client's calls. Before obtaining confirmation from the broker, Sol-Air assigned the pilot to flying duties, and one of those flights crashed, resulting in the destruction of the airplane. Sol-Air claimed the full value of the airplane and alleged that the broker's negligence had caused the loss.

The trial judge and a majority of the Court of Appeal (Rothman J.A. and Chevalier J. (*ad hoc*)) found that the broker was indeed negligent, but that it was Sol-Air's own negligence in allowing Allard to fly prior to confirmation of policy coverage that had truly caused the loss in question. The trial judge added that Sol-Air could have claimed for the down time during which the airplane or pilot were unavailable for service had the proof been made along those lines.

Jacques J.A. dissented, stating that the trial judge had not appreciated the direct and immediate consequence of the broker's negligence: [TRANSLATION] "The direct and immediate consequence of the broker's negligence was the loss of a real and serious chance to obtain the necessary insurance coverage" (at p. 208). He then noted that it was not certain but highly probable that the new pilot would have been added to the list coverage. He repeated the discussion of loss of chance which appears in his reasons in the present case and concluded that Sol-Air lost a near certain chance, a chance so close to certainty that it should in fact be evaluated at full value, i.e. the value of the airplane. He then considered the fault of Sol-Air in failing to confirm the new insurance coverage

dent, applique l'analyse complète de la perte de chance (*Sol-Air B.G. Inc. c. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206 (C.A.)). Je crois qu'il vaut la peine de s'arrêter brièvement à cet arrêt.

Sol-Air est une entreprise aérienne. Ses appareils sont assurés par l'entremise du courtier d'assurances Marsh & McLennan. La police d'assurance comporte la liste des avions assurés et des personnes autorisées à les piloter. Comme elle veut ajouter un pilote à la liste, Sol-Air communique avec son courtier et demande qu'un changement soit apporté à la police d'assurance. Le courtier fait preuve de négligence au sujet de cette demande, notamment en ne retournant pas les appels de sa cliente. Avant d'obtenir la confirmation du courtier, Sol-Air confie des vols à ce pilote; l'un de ces vols se termine par l'écrasement et la destruction de l'avion. Sol-Air réclame la pleine valeur de l'avion et invoque la négligence du courtier comme cause de la perte.

Le juge de première instance et la Cour d'appel, à la majorité (le juge Rothman et le juge Chevalier (*ad hoc*)) concluent que le courtier a effectivement fait preuve de négligence, mais que c'est la négligence dont Sol-Air a elle-même fait preuve, en permettant à Allard de voler avant d'avoir reçu confirmation de la couverture d'assurance qui est vraiment à l'origine de la perte en question. Le juge de première instance ajoute que Sol-Air aurait pu réclamer pour la perte de revenus subie pendant qu'elle était privée de l'usage de l'appareil et des services du pilote si elle avait présenté sa preuve en ce sens.

Le juge Jacques, dissident, affirme que le juge de première instance n'a pas tenu compte de la conséquence directe et immédiate de la négligence du courtier: «La conséquence directe et immédiate de la négligence du courtier a été la perte d'une chance réelle et sérieuse d'obtenir la couverture d'assurance requise» (à la p. 208). Il mentionne ensuite qu'il était non pas certain, mais très probable, que le nom du nouveau pilote aurait été ajouté à la liste des pilotes assurés. Il reprend ensuite l'analyse de la perte de chance qu'on trouve dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce et conclut que Sol-Air a perdu une chance quasi certaine, une chance si près de la certitude qu'elle devrait en fait être évaluée à sa pleine valeur, c'est-à-dire la valeur de l'avion. Il étudie ensuite la

and judged that this was another, equal cause of the damage. Accordingly, he would have required the broker to pay half of the damage represented by the value of the airplane.

In my opinion, loss of chance analysis adds unnecessary confusion to such a case, notably by the manner in which it diverts attention from the full and proper connection between fault and damage. As I understand the case, the trial judge had more to consider than the chance of obtaining insurance coverage. Had that been the only issue, it appears that the result would have been clear given the high probability of new coverage being granted. However, the causal analysis involved more complicated questions such as whether, and if so at what time, the insured was entitled to presume that insurance was in force and to permit its pilot to fly. It seems to me that the loss of chance analysis is artificial here and in fact hides a break in the causal link. A full analysis requires, as far as possible, a consideration of the entire factual situation, from the fault to the actual damage.

I will now turn to the cases which have dealt with loss of chance in the medical context. In these cases, the court is often placed in a situation where evidence is scarce and where the trial judge must rely on medical expertise, often presented in tentative or statistical form. Both of these factors lend themselves, as we have seen in France and Belgium, to clear difficulties in the establishment of the causal link and the assessment of damages. There is a temptation to overcome these difficulties by removing the analysis of the case to a more abstract, statistical level. In general, however, perhaps because of less rigid rules regarding causation, Quebec courts focus on the actual damage which has occurred and the actual benefit which would have been conferred.

Loss of chance situations arise, notably in the case of omissions, but the analysis does not appear to change here. I note, however, that some difficulties

faute commise par Sol-Air en ne faisant pas confirmer la nouvelle couverture et conclut que c'était là une autre cause aussi importante du préjudice. En conséquence, il aurait condamné le courtier à payer la moitié de la valeur de l'avion à titre d'indemnité.

À mon avis, l'analyse fondée sur la perte de chance ajoute inutilement de la confusion à pareille affaire surtout parce qu'elle fait porter l'attention sur autre chose que le lien complet et véritable qui doit exister entre la faute et le préjudice. De la façon dont je vois l'affaire, le juge de première instance devait examiner davantage que la chance d'obtenir de l'assurance. Si cela avait été la seule question en litige, il semble que le résultat aurait été manifeste en raison de la très forte probabilité d'obtenir une nouvelle couverture d'assurance. Cependant, l'analyse de la causalité soulevait des questions plus complexes comme celles de savoir si et, dans l'affirmative, quand l'assurée pouvait presumer que l'assurance était en vigueur et permettre à son pilote de voler. Il me semble que l'analyse fondée sur la perte de chance est ici artificielle et dissimule, en réalité, une rupture du lien de causalité. Une analyse complète exige, dans la mesure où elle est possible, la considération de toute la suite des faits, de la faute au préjudice réel lui-même.

Je vais maintenant examiner les décisions qui ont porté sur la perte de chance dans le contexte médical. Dans ces affaires, la cour est souvent placée dans une situation où la preuve est mince et où le juge de première instance doit se fier à des expertises médicales souvent présentées sous forme de statistiques ou d'hypothèses. Ces deux facteurs sont susceptibles, comme nous avons vu qu'il arrive en France et en Belgique, de susciter des difficultés évidentes dans l'établissement du lien de causalité et l'évaluation des dommages-intérêts. Il existe une tentation de résoudre ces difficultés en ramenant l'analyse de l'affaire au niveau plus abstrait des statistiques. En général cependant, peut-être à cause des règles moins strictes en matière de causalité, les tribunaux du Québec portent leur attention sur le préjudice réel qui est survenu et sur l'avantage réel qui aurait été obtenu.

Les situations de perte de chance surviennent, particulièrement dans des affaires d'omission, mais l'analyse ne semble pas changer ici. Je remarque,

emerge in situations where the court must consider the prejudice which a patient has suffered as a result of unprofessional care which a doctor has administered, along with the benefit which the patient has forgone due to a failure to use a more appropriate treatment. I will look now at the cases cited by the parties, in order to expand on these preliminary comments.

The respondent cites the case of *Tardif v. Laverrière, supra*, which is also referred to by Baudouin, *op. cit.*, in the section on loss of chance referred to earlier. In *Tardif*, a young hydrocephalic boy had been treated by a chiropractor over the course of seven years. It was found that the treatments employed by the chiropractor were medically unsound. They had neither worsened nor improved his condition, but they had involved a certain amount of pain and suffering for the boy. There was also some question as to whether the boy could have benefited during those seven years from an operation to cure him or from various treatments which might have led to some improvement in his condition.

The court held that the chiropractor had committed contractual and delictual faults and should be held liable for damage which he could be said to have caused. Regarding the operation which might have cured the boy of his ailment, the trial judge noted that expert opinion predicted certain benefits in terms of comfort and cosmetics but concluded, at p. 13, that:

[TRANSLATION] . . . this is an uncertain operation which, with all the difficulties it entails, would probably not result in any significant mental improvement; the injury to the brain is congenital and incurable.

It is thus not surprising if one physician recommends the operation and another does not.

It followed that if the plaintiff had failed to show (at p. 14):

[TRANSLATION] . . . that it was the defendant's conduct which was the cause of the fact that the chance for improvement which could have resulted from an operation was not taken.

cependant, que des difficultés surviennent lorsque le tribunal doit tenir compte du préjudice qu'un patient a subi en raison d'un manque de professionnalisme dans les soins prodigués par un médecin et de l'avantage que le patient a perdu à cause de l'omission de suivre un traitement plus approprié. J'analyserai maintenant les décisions citées par les parties pour compléter ces observations préliminaires.

L'intimée cite la décision *Tardif c. Laverrière*, précitée, auquel renvoie aussi Baudouin, *op. cit.*, dans la partie sur la perte de chance déjà mentionnée. Dans l'affaire *Tardif*, un jeune garçon hydrocéphale est traité par un chiropraticien pendant sept années. On constate que les traitements administrés par le chiropraticien sont douteux sur le plan médical. Ils n'ont ni empiré ni amélioré l'état de l'enfant, mais ils lui ont occasionné certaines souffrances. On se demande aussi si le garçon aurait pu profiter, pendant ces sept années, d'une opération destinée à le guérir ou de divers traitements susceptibles d'apporter une certaine amélioration de son état.

La cour conclut que le chiropraticien a commis une faute contractuelle et délictuelle et qu'il doit être tenu responsable du préjudice qu'il peut avoir causé. À propos de l'opération susceptible de guérir le garçon de sa maladie, le juge de première instance fait remarquer que les avis d'experts prédisaient certains avantages sur le plan du confort et de l'esthétique, mais il conclut, à la p. 13, que:

. . . il s'agit d'une opération aléatoire et qui, avec toutes les difficultés qu'elle entraîne, n'apporterait à peu près pas d'amélioration au point de vue mental; la lésion au cerveau est congénitale et irréparable.

Il n'y a donc pas à se surprendre si un médecin peut recommander l'opération et un autre ne la recommande pas.

Il s'ensuit que si le demandeur n'avait pas réussi à démontrer (à la p. 14):

. . . que c'est le comportement du défendeur qui a été la cause que les chances d'améliorations n'ont pas été prises qui pouvaient résulter d'une opération.

The trial judge was also of the opinion that the boy's father was not likely to have consented to the operation in any event (at p. 14):

[TRANSLATION] In short, it is very doubtful that the operation did not take place owing to the fault of the defendant; that remains only a possibility, just as success was only a possibility.

The trial judge went on, however, to say that the unsound treatment administered by the chiropractor caused the boy pain and suffering and also caused him to miss out on other, beneficial treatments (at pp. 14-15):

[TRANSLATION] The fact remains, however, that while it is doubtful that the defendant caused the child to miss the chance of improving his physical or mental condition by an operation, there is no doubt that the fact of subjecting him for seven years to repeated, stressful and sometimes painful treatments that were useless was a source of hardship and stress from which he undoubtedly suffered . . . It is also probable that this might have made him miss other treatments that could have improved his condition.

The trial judge noted that damages in such a case were extremely difficult to quantify. In the end, he saw fit to compensate the plaintiff (at p. 15):

[TRANSLATION] . . . taking into account on the evidence presented all the hardship, stress, delays, discomfort, suffering (not forgetting the burns caused by thermotherapy) and loss of chance of a minimal improvement which the defendant's presence may have caused, I feel it is fair to assess the damage resulting to the child at \$5,000. [Emphasis added.]

In addition to the damage which the doctor caused by his unprofessional acts, this case clearly recognizes a lost chance. We are not given enough information to know whether the judge recognized the chance itself and compensated according to its probability or whether he recognized a small lost benefit and deemed it probable. Both solutions could have produced a similar result.

That which is clear is that the trial judge refused to recognize the potential benefits, or the lost chance, of the operation, though clearly such benefits were pos-

Le juge de première instance est aussi d'avis que, de toute façon, le père du garçon n'aurait probablement pas consenti à l'opération (à la p. 14):

Somme toute, il est fort douteux que l'Exécution de l'opération n'a pas eu lieu, par la faute du défendeur; ça ne reste qu'une possibilité, comme son succès d'ailleurs.

Le juge de première instance poursuit, cependant, en disant que le traitement douteux administré par le chiropraticien a causé des souffrances au garçon et qu'il lui a fait rater d'autres traitements bénéfiques (aux pp. 14 et 15):

Il reste cependant que s'il est douteux que le défendeur ait fait manquer à l'enfant la chance d'améliorer sa condition physique ou mentale par une opération, il n'est pas douteux que le fait de le soumettre pendant 7 ans à des traitements inutiles répétés, ennuyeux, parfois douloureux, ait été pour lui une source d'inconvénients et d'ennuis dont il a sûrement souffert [. . .] Aussi, il est probable que ça lui aurait fait manquer d'autres traitements qui auraient pu améliorer son bien-être.

Le juge de première instance indique que, dans ce cas, le préjudice est extrêmement difficile à évaluer. En fin de compte, il conclut qu'il faut indemniser le demandeur (à la p. 15):

. . . tenant compte, suivant la preuve, de tous les inconvénients, ennuis, retardements, inconforts, souffrances (sans oublier les brûlures de la thermothérapie), perte de chance d'une minime amélioration dont la présence du défendeur a pu être la cause, je crois juste d'évaluer à \$5000. les dommages résultant à l'enfant. [Je souligne.]

En plus du préjudice que le défendeur a causé par ses actes contraires aux devoirs de sa profession, cette affaire reconnaît manifestement l'existence d'une perte de chance. Nous ne disposons pas d'assez de renseignements pour savoir si le juge a reconnu la chance elle-même et a accordé une indemnité en fonction de sa probabilité ou s'il a reconnu un léger avantage perdu qu'il a estimé probable. Les deux solutions auraient pu avoir le même résultat.

Il est cependant clair que le juge de première instance a refusé de reconnaître les avantages potentiels, ou la chance perdue, de l'opération, bien que, mani-

sible. If he had done so, this case would be a strong precedent in favour of the use of loss of chance in medical cases along the French model. In fact, the trial judge viewed this damage as too “*aléatoire*” (“uncertain”) which suggests that he was not tempted to use that model.

The appellant cites a number of more recent cases in which the loss of chance theory is more directly addressed, and ultimately rejected.

In *Lachambre v. Perreault* (1983), [1990] R.R.A. 397 (C.A.), a worker, Lachambre, suffered an accident in which his leg was crushed. The leg was treated by Dr. Perreault who immobilized the leg and placed it in a cast. After a few days, the patient was taken to another hospital which was better equipped to deal with the vascular problems associated with the injury. At that time, doctors concluded that revascularization of the lower leg was impossible and that amputation was necessary. Lachambre claimed that the amputation was made necessary due to the fault of Perreault, who, so it was claimed, should have noticed and dealt with the circulatory problem at an earlier time.

The trial judge concluded that Perreault was not at fault and that there was probably no causal link between the doctor’s alleged fault and the damage incurred by Lachambre. The Court of Appeal dealt only with the issue of the causal link. McCarthy J.A. stated first, at p. 398, that the law of Quebec requires proof of causation on the balance of probabilities:

[TRANSLATION] Of course, the causal relationship between the fault and the damage does not need to be shown with certainty, only on a balance of probabilities: *Lévesque v. Comeau*.

He concluded on the basis of expert testimony that even the most prompt and appropriate medical attention would not have saved the leg, though he could not categorically exclude that possibility. His concluding remarks, at p. 399, address the argument based on loss of chance:

festement, ces avantages aient été possibles. S’il l’avait fait, cette décision aurait constitué un solide précédent en faveur de l’utilisation de la perte de chance dans les affaires médicales à l’instar du modèle français. En réalité, le juge de première instance a considéré ce préjudice trop «aléatoire», ce qui indique qu’il n’était pas tenté d’utiliser ce modèle.

L’appelant cite un certain nombre de décisions plus récentes où on aborde plus directement la théorie de la perte de chance pour finalement la rejeter.

Dans l’arrêt *Lachambre c. Perreault* (1983), [1990] R.R.A. 397 (C.A.), Lachambre, un ouvrier, a la jambe écrasée dans un accident. L’accidenté est traité par le Dr Perreault, qui lui immobilise la jambe et la met dans un plâtre. Quelques jours plus tard, le patient est transporté dans un autre hôpital mieux équipé pour traiter les problèmes vasculaires liés à cette blessure. À ce moment-là, les médecins concluent que la revascularisation de la partie inférieure de la jambe est impossible et que l’amputation est nécessaire. Lachambre soutient que l’amputation a été rendue nécessaire à cause de la faute de Perreault, qui, a-t-on allégué, aurait dû constater le problème de circulation et le traiter plus tôt.

Le juge de première instance conclut que Perreault n’a pas commis de faute et qu’il n’y a probablement pas de lien de causalité entre la faute reprochée au médecin et le préjudice subi par Lachambre. La Cour d’appel ne traite que la question de la causalité. Le juge McCarthy dit d’abord, à la p. 398, que le droit du Québec exige la preuve du lien de causalité selon la prépondérance des probabilités:

Bien sûr, la relation de causalité entre la faute et le dommage n’a pas besoin d’être démontrée avec certitude, mais seulement par probabilité prépondérante: *Lévesque c. Comeau*.

Il conclut, sur la foi des témoignages d’experts, que les soins médicaux les plus pressés et les plus adéquats n’auraient pas permis au patient de conserver sa jambe, bien qu’il n’ait pu exclure cette possibilité de façon absolue. La conclusion de ses motifs, à la p. 399, porte sur l’argumentation fondée sur la perte de chance:

[TRANSLATION] The evidence therefore seems to me to be far from showing on a balance of probabilities that there is a causal connection between the fault of Perreault, if there was any, and the damage complained of by Lachambre. Can it still be said, always assuming that Perreault should have dealt with the blood circulation problem much sooner, that such a fault deprived Lachambre of the chance, however small, of avoiding the amputation and that there should be compensation for the loss of this chance?

I do not think so, despite some French case law and scholarly commentary to this effect. This case law has been vigorously criticized by Professor Savatier, among others. Since Lachambre did in fact have the amputation, there is in my opinion no longer any question of compensating him for loss of the chance of avoiding it. The only question is as to compensation for the amputation itself, *if the evidence shows that it was probably due to Perreault's fault.* As I have already indicated, this condition has not been met. [Emphasis added; italics in original.]

Bélanger J.A. and L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, concurred with these reasons.

It seems to me that the approach used in *Lachambre* is typical of Quebec courts. For example, while causation must be clearly established, it can be proved on the balance of probabilities. Furthermore, in cases involving lost chance, it is not the chance itself—possible (as here) or probable—which is considered, but the outcome of that chance in so far as it bears on the patient's present condition. Where the loss of chance alone is considered to be the damage, it is theoretically consistent to admit possibilities as well as probabilities. In France, we have seen that this logical extension is masked to a certain degree by the notion of a "real and serious" chance. By focusing on the outcome of the chance, the courts in Quebec ensure that the causal link between the fault and the actual situation now experienced by the plaintiff is established at least on the balance of probabilities.

The respondent, however, cites a more recent case which appears to go against the grain of the Quebec approach described above. In *Zuk v. Mihaly*, [1989]

La preuve me paraît donc loin de démontrer par probabilité prépondérante une relation de causalité entre une faute de Perreault, s'il y en avait, et le dommage dont se plaint Lachambre. Peut-on néanmoins dire, toujours en présumant que Perreault aurait dû s'occuper beaucoup plus tôt du problème de circulation sanguine, que telle faute a privé Lachambre de la chance, si minime qu'elle ait été, d'éviter l'amputation et qu'il doit y avoir dédommagement pour la privation de cette chance?

Je ne le crois pas, malgré une certaine jurisprudence et une certaine doctrine françaises. Cette jurisprudence d'ailleurs est fortement critiquée par, entre autres, le professeur Savatier. Puisque Lachambre a effectivement subi l'amputation, il n'est plus question, à mon avis, de le dédommager pour la privation de la chance de l'éviter. Il est question seulement de le dédommager pour l'amputation elle-même *si la preuve démontre qu'elle est probablement due à la faute de Perreault.* Or, comme je l'ai déjà indiqué, cette condition n'a pas été remplie. [Je souligne.]

Le juge Bélanger et le juge L'Heureux-Dubé, qui était alors juge de la Cour d'appel, ont souscrit à ces motifs.

Il me semble que la méthode suivie dans l'arrêt *Lachambre* est la méthode couramment suivie par les tribunaux du Québec. Par exemple, bien que la causalité doive être clairement prouvée, elle peut l'être selon la prépondérance des probabilités. De plus, dans les affaires portant sur la perte de chance, ce n'est pas de la chance elle-même—possible (comme en l'espèce) ou probable—dont on tient compte, mais de l'issue de cette chance pour autant qu'elle influe sur l'état présent du patient. Lorsque la seule perte de chance est considérée constituer le préjudice, il est, en théorie, logique de reconnaître les possibilités aussi bien que les probabilités. Nous avons vu qu'en France la notion de chance «réelle et sérieuse» masque, jusqu'à un certain point, cette extension logique. En concentrant leur attention sur l'issue de la chance, les tribunaux québécois veillent à ce que le lien de causalité entre la faute et la situation réelle dans laquelle le demandeur se trouve soit prouvé au moins selon la prépondérance des probabilités.

L'intimée invoque cependant un arrêt plus récent qui semble aller à contresens de l'analyse utilisée au Québec et dont il a été question ci-dessus. Dans l'af-



R.R.A. 737 (Sup. Ct.), the wife and daughter of the deceased, Mr. Zuk, claimed \$126,982 in damages allegedly caused by the fault of an elderly doctor, Mihaly. Mr. Zuk had experienced some discomfort and had gone, accompanied by his wife, to Dr. Mihaly's office which was situated in the neighbourhood. Dr. Mihaly's wife met the Zuks and informed them that the doctor's office was not open. The Zuks left and, only moments later, Mr. Zuk had a heart attack and collapsed in the Mihalys' front yard. Dr. Mihaly was informed and came to the side of Mr. Zuk, without, however, providing any medical care other than placing his hands on the victim's chest. The ambulance arrived twenty-five minutes later, and the attendants immediately provided the victim with oxygen. Once at the hospital, Mr. Zuk was pronounced dead.

The trial judge found that Dr. Mihaly was clearly at fault in failing to provide the victim with oxygen. Regarding causation and damages, Martineau J. had this to say, at p. 738:

[TRANSLATION] However, and the evidence is in no way contradicted on this point, despite his presence (and the increasing presence of curious members of the public), despite the knowledge that professionally he could not have been unaware of the immediate needs and care which alone could have given the victim a chance in five to six minutes to survive his attack, the defendant physician's failure to act deprived Mr. Zuk of his only chance of survival.

For these reasons, the Court:

Allows the plaintiffs' action in part;

Orders the defendant to pay . . . \$50,000 . . .

In my view, this case involved a loss of chance analysis which is consistent with the French model. The judge appeared to link the doctor's fault only to the loss of the chance itself. He did not ask whether this chance would probably have produced a more favourable result. Instead, he awarded partial damages, presumably in order to take into account that the chance was less than certain, and perhaps not even probable. If the lost chance itself is the damage, then it is sufficient that it be real and serious, and

faire *Zuk c. Mihaly*, [1989] R.R.A. 737 (C.S.), l'épouse et la fille du défunt M. Zuk réclament la somme de 126 982 \$ pour un préjudice causé par la faute d'un médecin âgé, le Dr Mihaly. Monsieur Zuk ressent un malaise et se rend, en compagnie de son épouse, au cabinet du Dr Mihaly, situé dans le voisinage. L'épouse du Dr Mihaly reçoit les Zuk et leur dit que le cabinet du médecin est fermé. Les Zuk repartent et quelques instants plus tard, M. Zuk subit une attaque cardiaque et s'affaisse dans l'entrée de cour de la propriété des Mihaly. Le Dr Mihaly est prévenu et vient auprès de M. Zuk, sans toutefois lui administrer aucun autre traitement médical que de placer ses mains sur la poitrine du patient. L'ambulance arrive environ vingt-cinq minutes plus tard et les ambulanciers administrent immédiatement de l'oxygène au patient. Monsieur Zuk est déclaré mort à son arrivée à l'hôpital.

Le juge de première instance conclut que le Dr Mihaly a manifestement commis une faute en ne donnant pas d'oxygène à la victime. Au sujet de la causalité et du préjudice, le juge Martineau dit, à la p. 738:

Cependant, et la preuve n'est nullement contredite sur ce point, malgré sa présence (et la présence, s'accroissant, des curieux), malgré la connaissance que, professionnellement, il ne pouvait ignorer des besoins immédiats et des soins qui seuls auraient pu donner une chance dans les cinq à six minutes à la victime de survivre à son attaque, l'inaction du médecin défendeur a enlevé à M. Zuk sa seule chance de survivre.

Pour ces motifs, le Tribunal:

Accueille en partie l'action des demandereses;

Condamne le défendeur à payer [. . .] 50 000 \$ . . .

À mon avis, cette décision comporte une analyse fondée sur la perte de chance selon le modèle français. Le juge paraît lier la faute du médecin uniquement à la perte de chance elle-même. Il ne se demande pas si cette chance aurait vraisemblablement produit un résultat plus heureux. Il accorde plutôt une indemnisation partielle, probablement pour tenir compte du fait que la chance était moins que certaine et peut-être même improbable. Si la chance perdue elle-même constitue le préjudice, alors il suf-

this, at least in the French understanding, can include probable as well as some borderline possible chances. Where, as appears to be the case in Quebec, a court must satisfy itself not only that a chance was lost but that, on the balance of probabilities, that chance would have been somehow realized (e.g., in the form of recovery, slightly longer life, less pain etc.), it is insufficient to halt the analysis at the lost chance.

The *Zuk* case was decided in the midst of the recent debate over whether the French version of loss of chance has been accepted in Quebec, and it may well have been decided on the assumption that the debate had been resolved in favour of the French approach.

A series of Court of Appeal decisions, including the decision appealed from, have considered loss of chance in very thorough fashion, and I will turn to them now (*Gburek v. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Laferrrière v. Lawson*, *supra*; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619). I will not go into the facts of these cases in any detail but will simply extract the comments which the learned justices of the Court of Appeal made with respect to loss of chance.

In *Gburek*, only Beauregard J.A. commented on the appropriateness of the French approach to loss of chance. At page 2445, he stated:

[TRANSLATION] I wondered whether the appellant could take advantage of the theory of "loss of chance" developed in France over the last twenty-five years. . . .

As we know, between 1962 and 1982 the Court of Cassation appears to have approved a theory put forward by some appellate courts that, if there is no evidence of a causal connection between fault and final damage, a victim could obtain partial compensation corresponding to the value of the chance lost to avoid the final damage. . . .

It is difficult for a Quebec lawyer to know exactly what the Court of Cassation feels on the point. . . . Personally, I humbly concur in the opinion of those who think that, if the causal link between fault and damage is not proven, the victim cannot be given partial compen-

fit qu'elle soit réelle et sérieuse et, cela peut comprendre, au moins dans le modèle français, des chances probables ainsi que certains cas limites de chances possibles. S'il faut, comme il semble que ce soit le cas au Québec, que le tribunal soit convaincu non seulement qu'une chance a été perdue mais que, selon la prépondérance des probabilités, cette chance se serait réalisée (c'est-à-dire sous forme de guérison, d'un léger prolongement de la vie, d'une diminution de la douleur, etc.), il ne suffit pas d'interrompre l'analyse à la perte de chance.

L'affaire *Zuk* a été décidée au cours du débat récent sur l'acceptation du modèle français de la perte de chance au Québec et on l'a peut-être bien décidée en supposant que le débat avait été résolu en faveur du modèle français.

Plusieurs arrêts de la Cour d'appel, y compris celui qui fait l'objet du présent pourvoi, ont analysé la perte de chance de façon exhaustive et je vais maintenant les examiner (*Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Laferrrière c. Lawson*, précité; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619). Je n'examinerai pas en détail les faits de chaque affaire, mais je citerai simplement les observations que les juges de la Cour d'appel ont faites au sujet de la perte de chance.

Dans l'arrêt *Gburek*, seul le juge Beauregard traite de l'opportunité d'adopter le modèle français de la perte de chance. Il dit, à la p. 2445:

Je me suis demandé si l'appelant pouvait tirer profit de la théorie de «perte d'une chance» développée en France depuis 25 ans . . .

On sait que entre 1962 et 1982, la Cour de Cassation a semblé approuver une théorie avancée par quelques cours d'appel à l'effet que, en l'absence de la preuve d'un lien de causalité entre une faute et un dommage final, une victime pouvait obtenir une indemnité partielle correspondant à la valeur de la chance perdue d'éviter le dommage final . . .

Il est difficile pour un juriste québécois de savoir quel est le sentiment exact de la Cour de Cassation sur la question. [. . .] Quant à moi, humblement je partage l'opinion de ceux qui pensent que, si le lien de causalité entre une faute et un préjudice n'est pas prouvé, la vic-

sation on the ground that there is a possibility that the fault could have caused the damage. [Emphasis added.]

I have already summarized the views of the judges in *Laferrière v. Lawson*, and I will not repeat those views here.

In the *Lapointe* case, four of the five judges expressed an opinion on loss of chance, the only refraining judge being Beauregard J.A., who had already expressed a disapproving view in *Gburek*.

Monet J.A. expressed what can be described as cautious acceptance of the theory, at p. 2625:

[TRANSLATION] As to whether the theory of loss of chance has been accepted in Quebec medical law, I would have preferred not to express a formal opinion for the time being, in view of the fact that *Laferrière v. Lawson* is now pending in the Supreme Court of Canada. Nevertheless, as my colleagues have dealt with it, I will make a few comments. First, if one is going to rely on French scholarly analysis, there are those nowadays who would not say that René Savatier is the greatest authority on the particular area which concerns us, namely civil liability. Second, decisions of the French courts supported by legal writers have clearly laid the groundwork of the theory of loss of chance, which be it said in passing is not in any way a fashion, still less the most recent one. Thus, Prof. Geneviève Viney writes:

But the courts have not simply applied these general conditions of civil liability to limit the right to compensation for "loss of chance". They have formulated specific requirements by saying, first, that the chance lost must be real, and serious, and second, that the assessment of the compensation must take into account the uncertainty affecting realization of the lost chance.

Accordingly, by the taking of precautions to avoid abuses, the courts have managed to keep compensation for loss of chance within reasonable limits. These decisions have also been generally approved by legal writers.

(I note that the last-quoted passages from Viney refer to loss of chance in its classical French application.

time ne peut pas recevoir une indemnité partielle au motif qu'il existe une possibilité que la faute ait pu causer le préjudice. [Je souligne.]

J'ai déjà résumé les points de vue des juges dans l'arrêt *Laferrière c. Lawson* et je ne les répéterai pas ici.

Dans l'arrêt *Lapointe*, quatre des cinq juges expriment un avis sur la perte de chance et le seul juge qui ne le fait pas est le juge Beauregard qui a déjà exprimé son désaccord dans l'arrêt *Gburek*.

Le juge Monet énonce ce qu'on pourrait qualifier d'acceptation prudente de la théorie, à la p. 2625:

Quant à la question de savoir si la théorie de la perte d'une chance est reçue en droit médical québécois, j'aurais préféré ne pas exprimer une opinion formelle pour le moment, compte tenu que l'affaire *Laferrière c. Lawson* est maintenant pendante devant la Cour suprême du Canada. Néanmoins, comme mes collègues en traitent, je me permets quelques commentaires. En premier lieu, si l'on entend s'en remettre à la doctrine française, d'aucuns seront enclins, de nos jours, à s'abstenir de proclamer que René Savatier est la voix la plus autorisée dans le domaine particulier qui nous intéresse, à savoir la responsabilité civile. En second lieu, la jurisprudence française appuyée par la doctrine a bien établi les balises de la théorie de la perte d'une chance qui, soit dit en passant, n'a rien d'une mode, encore moins de la dernière mode. Ainsi, le professeur Geneviève Viney écrit:

Mais les tribunaux ne se sont pas contentés de l'application de ces conditions générales de la responsabilité civile pour limiter le droit à réparation de la «perte d'une chance». Ils ont en effet formulé des exigences spécifiques en affirmant, d'une part, que la chance perdue doit être réelle et sérieuse et, d'autre part, que l'évaluation de l'indemnité doit tenir compte de l'aléa affectant la réalisation de la chance perdue.

Grâce aux précautions prises pour éviter les abus, les tribunaux sont donc parvenus à maintenir l'indemnisation de la perte d'une chance dans des limites raisonnables. Aussi bien cette jurisprudence est-elle généralement approuvée par la doctrine.

(Je fais remarquer que les derniers alinéas tirés de l'ouvrage de Viney, *op. cit.*, visent la perte de chance selon son application classique en France. Comme je l'ai déjà indiqué, les commentaires qu'elle fait au

As noted earlier, her comments regarding loss of chance in medical cases were less approving.)

LeBel J.A., at pp. 2642-43, adopted the position of Vallerand J.A. in *Lawson* and clearly rejected loss of chance theory in the medical context:

[TRANSLATION] 4. Nature of damage suffered

Jacques J.A. concludes that the damage suffered is loss of the chance of recovery. In my opinion, the damage suffered is otherwise. Under the rules of proof, fault, the damage suffered and the relationship between them are determined on the basis of probability. If it is not possible to establish, using this traditional formula of a balance of probabilities, that a fault was the cause of such damage, there is no liability.

It does not seem to me that the so-called loss of chance theory, which has been applied by the French Court of Cassation from time to time, and which certain writers have at times vigorously recommended, should be accepted, especially with respect to causation. In our system, one encounters here an obstacle having to do with positive law requirements and the system of civil proof. The causal link must be established in accordance with the ordinary rules of civil proof or, in some cases, in keeping with the presumptions established by law.

It will perhaps be added that the theory of loss of chance could be applied with respect to the development of damage. It would provide a means to assess possible damage such as the loss of a lottery ticket, to take the classic example. Where medical or hospital liability is concerned, the situation is very different. The damage has not remained simply a potential event. The damage has occurred. The court must determine whether compensation should be awarded for it. [Emphasis added.]

Mailhot J.A., at p. 2647, expressed herself similarly, also adopting the reasons of Vallerand J.A. in *Laferrrière v. Lawson*:

[TRANSLATION] For the reasons given by Vallerand J.A. in *Laferrrière v. Lawson*, I consider that the loss of chance theory should not be used to supply a causal link between fault and damage.

sujet de la perte de chance en matière médicale sont moins approuvateurs.)

Le juge LeBel, aux pp. 2642 et 2643, souscrit à l'avis du juge Vallerand dans l'arrêt *Lawson* et rejette manifestement la théorie de la perte de chance en matière médicale:

b 4. Nature du préjudice subi

M. le juge Jacques conclut que le préjudice subi est la perte de chance d'une guérison. À mon avis, le préjudice subi se situe ailleurs. Suivant les règles du système de preuve, la faute, le dommage subi et la relation entre eux s'apprécient suivant les probabilités. Si l'on ne parvient pas à établir, suivant cette formule traditionnelle de la balance des probabilités, qu'une faute est la cause de tel préjudice, la responsabilité n'est pas engagée.

d Il ne me paraît pas que la théorie dite de la perte de chance, que la Cour de cassation française a parfois appliquée, que certains auteurs ont parfois vigoureusement prônée, doive être reçue, particulièrement au niveau de la causalité. Dans notre système, l'on se heurte ici à un obstacle tenant aux exigences du droit positif et du régime des preuves civiles. Le lien de causalité doit être établi suivant les règles normales de la preuve civile ou, dans certains cas, conformément aux présomptions établies par la loi.

On ajoutera peut-être que la théorie de la perte de chance trouverait à s'appliquer sur le plan de l'évolution du préjudice. Elle permettrait l'évaluation d'un préjudice possible comme la perte de billet de loterie, dans l'exemple classique. En matière de responsabilité médicale ou hospitalière, l'on se trouve dans une situation fort différente. Le dommage n'est pas resté à l'état de simple potentialité. Le préjudice s'est réalisé. Il faut déterminer si l'on doit l'indemniser. [Je souligne.]

Le juge Mailhot, à la p. 2647, s'exprime dans les mêmes termes, se rangeant elle aussi à l'avis du juge Vallerand dans l'arrêt *Laferrrière c. Lawson*:

Pour les motifs exposés par l'honorable Vallerand dans l'affaire *Laferrrière c. Lawson*, je suis d'avis que la théorie de la perte de chances ne doit pas être utilisée pour suppléer à la causalité entre une faute et un dommage.

As Vallerand J.A. put it, I am of the view that loss of chance should only be considered at the time damages are being considered. [Emphasis added.]

In the *Lapointe* case Monet, LeBel and Mailhot J.J.A. agreed that causation had been established on the balance of probabilities and awarded full damages.

Jacques J.A. dissented in part. On the subject of loss of chance, he repeated the remarks which he made in *Lawson* regarding the nature of the theory, and concluded that a chance of recovery had been lost. He judged the probability of that chance at fifty percent and, accordingly, awarded half of the full damages that would have been payable had causation been certain, and exactly half the amount awarded by the majority.

#### Critical Analysis of Loss of Chance

Following on the division employed in the discussion of loss of chance in France and Belgium, I will deal with the theory first in its classical applications as a type of damage or a method of evaluating damages, and secondly in its more controversial application to medical cases where it is said to be an attenuation of the causal link.

This analysis began with the assertion that a loss of chance situation is theoretically troublesome even as a type of damage. The actual damage is contingent, hypothetical or future and, accordingly, it is uncertain and difficult to evaluate. The consensus in France and Belgium is that damages are nonetheless recoverable when the lost chance itself is considered the damage and where certain limits are respected: the chance must be "real and serious" (likely or probable) and the probability of the chance being realized must be taken into account in quantifying the damages.

I cannot help but note that among the classical examples of loss of chance, certain cases are more contingent, or probability-based, than others. When

Tout comme le juge Vallerand l'a exprimé, je crois que l'examen de la perte de chances ne devrait se faire qu'au moment de l'examen des dommages. [Je souligne.]

<sup>a</sup> Dans l'arrêt *Lapointe*, les juges Monet, LeBel et Mailhot sont tous d'avis que la causalité était établie selon la prépondérance des probabilités et accordent le plein montant des dommages-intérêts.

<sup>b</sup> Le juge Jacques est dissident en partie. Au sujet de la perte de chance, il répète les remarques qu'il a faites dans l'arrêt *Lawson* quant à la nature de la théorie et conclut qu'une chance de guérison a été perdue. Il estime la probabilité de cette chance à cinquante pour cent et, en conséquence, il accorde la moitié du plein montant de dommages-intérêts qui aurait été payable si la causalité avait été certaine, soit exactement la moitié du montant accordé par la majorité.

#### Analyse critique de la perte de chance

<sup>e</sup> Conformément au plan utilisé pour l'examen de la perte de chance en France et en Belgique, je traiterai d'abord des applications classiques de cette théorie comme type de préjudice ou méthode d'évaluation des dommages-intérêts, et en second lieu de son application plus controversée au domaine médical où elle est considérée comme une atténuation du lien de causalité.

<sup>f</sup> Cette analyse a commencé par l'affirmation que la perte de chance présente des difficultés du point de vue théorique même à titre de chef de dommage. Le préjudice lui-même est aléatoire, hypothétique ou futur et, en conséquence, il est incertain et difficile à évaluer. En France et en Belgique, il y a consensus que des dommages-intérêts peuvent être quand même attribués lorsque la perte de chance elle-même est considérée comme le préjudice et que certaines limites sont respectées: la chance doit être «réelle et sérieuse» (vraisemblable ou probable) et le degré de probabilité de réalisation de la chance doit être pris en compte pour évaluer les dommages-intérêts.

<sup>g</sup> Je ne puis faire autrement que de souligner que, parmi les exemples classiques de perte de chance, certains sont plus aléatoires ou plus dépendants des

one speaks of a lottery ticket there is little or nothing other than probability in play. When one speaks of the chance of winning a legal appeal or benefiting from the support of a child, many other factors come into consideration and are weighed by the judge. In France and Belgium, the judge may prefer to focus on the chance itself and to compensate in accordance with its degree of probability. In Quebec, the judge will more commonly focus on the actual result of the lost chance, having satisfied himself or herself that such damage can be considered present and certain, at least according to his or her assessment of the factual context and the balance of probabilities, or that such damage is a consequence of some concrete initial damage and must therefore be taken into account in the evaluation of damages (where the degree of probability will be considered along with other relevant factors). In many of the classical loss of chance situations, the outcome of these differing judicial approaches will be quite similar, and, furthermore, the recognition and evaluation of such damages will often be less controversial in these situations: either because the realization of the chance was probable or, in cases where its realization was only possible, no other identifiable factor competes with the defendant's fault as a probable cause of the hypothetical damage (as in the case of the loss of a lottery ticket); or because the defendant's responsibility has already attached to some concrete initial damage of which the lost chance is an extension.

It is difficult to explain why different legal systems approach a problem in different ways. Mindful of the dangers of comparative law unequipped with full information and understanding of other legal systems, I will nonetheless hazard a few observations. It does seem to me that the French and Belgian regimes of civil responsibility have in the past relied to a greater degree than our own on the principles of the equivalence or *conditio sine qua non* theory of causation (see A. M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, ch. 7, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, ed. André Tunc (1971), p. 36). According to this theory, every condition is a cause of the harm which would not have occurred without it (Honoré, *op. cit.*, at p. 33). If, as

probabilités que d'autres. Quand quelqu'un parle de billet de loterie, il n'y a rien ou presque rien d'autre en jeu que la probabilité. Quand on parle des chances de réussir en appel ou de bénéficier du soutien d'un enfant, plusieurs autres facteurs entrent en jeu et sont appréciés par le juge. En France et en Belgique, le juge peut préférer concentrer son attention sur la chance elle-même et indemniser selon son degré de probabilité. Au Québec, le juge s'attachera plus généralement au résultat concret de la perte de chance, s'étant d'abord convaincu que ce préjudice peut être tenu pour présent et certain, au moins selon son évaluation du contexte factuel et selon la prépondérance des probabilités, ou que ce préjudice est la conséquence d'un préjudice initial concret dont il faut tenir compte dans l'évaluation des dommages-intérêts (dans laquelle le degré de probabilité sera considéré en même temps que d'autres facteurs pertinents). Dans de nombreux cas classiques de perte de chance, le résultat de ces différentes démarches judiciaires sera à peu près le même et, de plus, la reconnaissance et l'évaluation de tels dommages-intérêts sera souvent moins controversée dans ces situations, soit parce que la réalisation de la chance était probable ou que, dans les cas où cette réalisation était simplement possible, il est impossible d'identifier quelque autre facteur, outre la faute du défendeur, comme cause probable du préjudice hypothétique (comme dans le cas de la perte d'un billet de loterie), soit parce que la responsabilité du défendeur est déjà rattachée à un préjudice initial concret dont la perte de chance est une extension.

Il est difficile d'expliquer pourquoi différents systèmes juridiques abordent un même problème de façons différentes. Soucieux des dangers de s'engager en droit comparé, sans avoir tous les renseignements ni la compréhension parfaite d'autres systèmes juridiques, je me risquerai néanmoins à faire quelques observations. Il me semble que, dans le passé, les régimes français et belge de responsabilité civile se sont fondés plus que le nôtre sur les principes de l'équivalence ou de la théorie de la causalité fondée sur la condition sine qua non (voir A. M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, ch. 7, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, éd. André Tunc (1971), p. 36). Selon cette théorie, chaque condition est une cause du

in France and Belgium, causal certainty is generally required, this theory becomes at once permissive (it admits even minor factors as causes provided their causal role is certain) and restrictive (it denies even major factors whose causal role is less than certain). It is perhaps as a result of reliance on this theory and emphasis on causal certainty, or perhaps for other systemic reasons, that French and Belgian courts have been especially alert to the contingency of lost chances. It may be that, according to their view of causation, the causal link was more safely anchored where the certain loss of the chance was itself considered the damage rather than the contingent result which that chance in fact represented.

In Quebec, as we have seen, the courts are satisfied with proof of causation on the balance of probabilities, perhaps influenced to a greater degree by the so-called theory of adequate causation (Baudouin, *op. cit.*, at p. 183). According to the various formulations of this theory, an act or omission is an adequate cause if it is of a type apt, in accordance with experience, to be followed by a harm of the sort which occurs; or, put another way, if the consequence follows in the normal course of events (Honoré, *op. cit.*, at p. 49). Because probability is already taken into account in this theory, it is no obstacle to recovery that the damage in question was not certainly caused by the alleged fault; it is sufficient that it is made real and credible by a combination of factual and statistical evidence. Accordingly, a judge may, without violating the general rules of causation, link the fault to contingent damage, provided that he or she is satisfied that such a link has been established with sufficient evidence as to that which would normally occur or that which follows in the normal course of events. It is in part for this reason, in my view, that loss of chance situations, at least in their classical contexts, are less theoretically troublesome in Quebec than in France and Belgium. While it is acknowledged that loss of chance situations must be analyzed with the aid of a judge's assessment of probabilities, it is not considered necessary to rely on the artificial notion of an intermediate damage called the "lost chance". The

préjudice qui ne se serait pas produit sans elle (Honoré, *op. cit.*, à la p. 33). Si, comme en France et en Belgique, la certitude de la causalité est généralement exigée, cette théorie devient à la fois permissive (elle admet même les facteurs mineurs comme causes pourvu que leur rôle causal soit certain) et restrictive (elle refuse même les facteurs majeurs dont le rôle causal est moins que certain). C'est peut-être en raison du recours à cette théorie et à l'insistance sur la certitude de la causalité, ou peut-être pour d'autres raisons systémiques, que les tribunaux français et belges ont été particulièrement sensibles au caractère aléatoire des pertes de chances. Il se peut que dans leur façon de voir la causalité, le lien de causalité ait été plus sûrement établi lorsque la perte certaine de chance a elle-même été considérée comme le préjudice plutôt que le résultat aléatoire que cette chance représentait effectivement.

Au Québec, nous l'avons vu, les tribunaux acceptent la preuve de la causalité selon la prépondérance des probabilités, peut-être à cause de l'influence plus grande de la théorie dite de la causalité adéquate (Baudouin, *op. cit.*, à la p. 183). Selon les différentes formulations de cette théorie, un acte ou une omission est une cause adéquate si elle est, de par sa nature, apte, d'après l'expérience, à engendrer un préjudice semblable à celui qui est survenu, ou, en d'autres termes, si, dans le cours normal des événements, la conséquence s'ensuit (Honoré, *op. cit.*, à la p. 49). Parce que la probabilité est déjà prise en compte dans cette théorie, le fait qu'il ne soit pas certain que la faute alléguée ait causé le préjudice ne constitue pas un empêchement à l'obtention d'une indemnité; il suffit que la chose soit rendue réelle et croyable par une combinaison d'éléments de preuve factuelle et statistique. En conséquence, un juge peut rattacher la faute à un préjudice aléatoire sans violer les règles générales de la causalité, pourvu qu'il soit convaincu que ce lien est établi par suffisamment d'éléments de preuve sur ce qui se produirait normalement ou sur ce qui se produit dans le cours normal des choses. C'est en partie pour ce motif que, selon moi, les situations de perte de chance, du moins dans leurs contextes classiques, sont moins difficiles, sur le plan théorique, au Québec qu'en France et en Belgique. Bien qu'il soit admis que les situations de perte de chance doivent s'analyser à l'aide de l'éva-

loss of chance situation always presents evidentiary problems, but provided that adequate evidence has been furnished through facts and statistics relating to the particular case, the judge will attempt to assess the actual or final damage, in effect, the chance as realized. Even in cases where statistical evidence is heavily relied upon the evaluation of damages is still aimed at approximating the chance as realized.

As I have suggested, it is only in exceptional loss of chance cases that a judge is presented with a situation where the damage can only be understood in probabilistic or statistical terms and where it is impossible to evaluate sensibly whether or how the chance would have been realized in that particular case. The purest example of such a lost chance is that of the lottery ticket which is not placed in the draw due to the negligence of the seller of the ticket. The judge has no factual context in which to evaluate the likely result other than the realm of pure statistical chance. Effectively, the pool of factual evidence regarding the various eventualities in the particular case is dry in such cases, and the plaintiff has nothing other than statistics to elaborate the claim in damages. Where the fault of the defendant has already been established and where no other identifiable competing causal factors have been identified, it may be open to the judge to evaluate the damages according to the chance alone. To transform this exceptional case into the theoretical basis for recovery in all loss of chance situations would be unnecessarily abstract, and, more importantly for the case before us, would give the mistaken impression that the court is more interested in the certainty of statistical chances than in the probable results which those chances represent.

With these considerations in mind, I turn to the role of loss of chance in the medical context.

Loss of chance becomes critically difficult, in France, Belgium and Quebec, as elsewhere, when it is employed as a method of analysis in the complex cases of medical responsibility. In the most difficult

luation des probabilités par le juge, on ne considère pas nécessaire d'avoir recours à la notion artificielle d'un préjudice intermédiaire appelé «chance perdue». La situation de perte de chance présente toujours des difficultés de preuve, mais, si suffisamment de faits et de statistiques sont soumis en preuve au sujet d'un cas particulier, le juge tentera d'évaluer le préjudice réel ou final, c'est-à-dire la chance réalisée. Même dans les cas où on a largement recours à une preuve statistique, l'évaluation des dommages-intérêts vise quand même à apprécier la chance réalisée.

Comme je l'ai affirmé, ce n'est que dans des cas exceptionnels de perte de chance qu'un juge se trouvera dans la situation où le préjudice ne peut se comprendre que sous le rapport de probabilités ou de statistiques et où il sera presque impossible de dire si la chance se serait réalisée dans un cas particulier et comment cela se serait produit. L'exemple le plus parfait d'une telle perte de chance est celui du billet de loterie qui n'a pas été placé dans le tirage par la négligence du vendeur du billet. Le juge n'a pas de contexte factuel pour évaluer le résultat probable et doit décider en fonction de la pure chance statistique. En réalité, il y a absence, dans pareils cas, de faits disponibles en preuve relativement aux différentes possibilités du cas particulier et le demandeur n'a rien d'autre que des statistiques pour étayer sa demande de dommages-intérêts. Lorsque la faute du défendeur est déjà prouvée et qu'on n'a identifié aucun autre facteur causal concomitant, il peut être loisible au juge d'évaluer les dommages-intérêts en fonction de la chance seulement. Faire de ce cas d'exception le fondement théorique de l'indemnisation dans tous les cas de perte de chance serait inutilement abstrait et, surtout, dans le cas qui nous occupe, donnerait la fausse impression que les tribunaux sont plus intéressés à la certitude des chances statistiques qu'aux résultats probables que ces chances représentent.

Tout en gardant ces considérations à l'esprit, j'aborderai maintenant le rôle de la perte de chance dans le contexte médical.

La perte de chance devient particulièrement difficile en France, en Belgique, au Québec et ailleurs lorsqu'elle sert de méthode d'analyse dans les cas complexes de responsabilité médicale. Dans les cas



cases, such as the one which concerns us, the defendant doctor's fault cannot be easily attached even to any initial actual damage suffered by the plaintiff patient. Accordingly, it is analysis of the lost chance itself which will determine whether the doctor is at all responsible. The lost chance can be analyzed in two ways.

In France and Belgium, as we have seen, it is the chance itself which is considered, usually described as a chance of recovery or survival. The chance must be "real and serious", and this is said to include chances which are likely or probable (Chartier, *op. cit.*, at p. 50), or chances where recovery or improvement is more likely than death or illness (Vacarie, *op. cit.*, at pp. 916-17). The damages are, of course, awarded in relation to the chance itself, and therefore such damages are only partial. According to a recent commentator, loss of chance analysis is said to be appropriate in cases involving faults of omission; faults of commission must be analyzed according to a method which connects the fault to the actual death or sickness (Vacarie, *op. cit.*, at p. 908). It is acknowledged even by supporters of the full loss of chance analysis in the medical context that by focussing on the lost chance rather than the actual damage which that chance represents the judge is effectively permitted to translate his or her doubts as to the causal link between the fault and the final damage into a reduced award for the patient (Boré, *op. cit.*, para. 14; Vacarie, *op. cit.*, at p. 907).

In Quebec, courts are more inclined to examine the damage which has already occurred, and to consider whether that damage was caused by the doctor's fault or by other identifiable factors. If the fault was causal, then full damages are awarded. Faults of commission are treated in the same manner as faults of omission, and, clearly, in more complicated cases both types of fault may be present, as was seen in the *Tardif* case, *supra*. The judge attempts, in effect, to determine whether and to what extent the doctor's acts and omissions are responsible for the situation in which the patient now finds himself or herself. A positive result which should have been produced and a negative result which should have been avoided are

les plus difficiles, comme celui qui nous occupe, il n'est pas facile de rattacher la faute du médecin défendeur même à un préjudice initial réel subi par la patiente demanderesse. En conséquence, c'est l'analyse fondée sur la perte de chance elle-même qui décide de la responsabilité du médecin. La perte de chance peut s'analyser de deux façons.

Comme nous l'avons vu, en France et en Belgique, on s'attache à la chance elle-même, ordinairement décrite comme une chance de guérison ou de survie. La chance doit être «réelle et sérieuse» et ceci comprend, dit-on, les chances qui sont probables (Chartier, *op. cit.*, à la p. 50), ou les chances de guérison ou d'amélioration qui l'emportent sur les risques de décès ou de maladie (Vacarie, *loc. cit.*, aux pp. 916 et 917). Les dommages-intérêts sont bien sûr accordés en fonction de la chance elle-même et, par conséquent, ces dommages-intérêts ne sont que partiels. Selon le commentaire récent d'un auteur, l'analyse fondée sur la perte de chance convient aux cas où l'on invoque une faute d'omission, les fautes résultant d'une action devant être analysées selon la méthode qui lie la faute au décès ou à la maladie elle-même (Vacarie, *loc. cit.*, à la p. 908). Même les tenants de la pleine application de la perte de chance dans le contexte médical admettent qu'en portant son attention sur la chance perdue plutôt que sur le préjudice réel que cette chance représente, le juge est effectivement autorisé à traduire ses doutes sur l'existence du lien de causalité entre la faute et le préjudice final en une indemnisation partielle du patient (Boré, *loc. cit.*, par. 14; Vacarie, *loc. cit.*, à la p. 907).

Au Québec, les tribunaux sont plus enclins à examiner le préjudice déjà survenu et à se demander si ce préjudice a été causé par la faute du médecin ou par d'autres facteurs identifiables. Si la faute a été causale, le plein montant de dommages-intérêts est accordé. Les fautes résultant d'une action sont traitées de la même manière que les fautes d'omission et, manifestement, dans les cas les plus compliqués les deux sortes de fautes sont présentes, comme le démontre l'affaire *Tardif*, précitée. Le juge tente effectivement de déterminer si les actes ou les omissions du médecin sont responsables de la situation dans laquelle se trouve le patient et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ils le sont. Un résultat positif

considered on the same terms, whether they correspond with acts or omissions.

As I have stated earlier, I am inclined to favour an approach which focusses on the actual damage which the doctor can be said to have caused to the patient by his or her fault, and to compensate accordingly. First, as I have said, I can see no basis for treating acts and omissions differently. Accordingly, there is no theoretical imperative directing courts to abandon traditional causal analysis and to adopt instead an essentially artificial loss of chance analysis. Secondly, while I concede that loss of chance analysis is less objectionable when used to evaluate damages in cases where the defendant's responsibility is otherwise clearly established or, perhaps, where no other causal factors can be identified, this type of analysis must be viewed with extreme caution in cases where there are serious doubts as to the defendant's causal role in the face of other identifiable causal factors. Even though our understanding of medical matters is often limited, I am not prepared to conclude that particular medical conditions should be treated for purposes of causation as the equivalent of diffuse elements of pure chance, analogous to the non-specific factors of fate or fortune which influence the outcome of a lottery. Thirdly, as has been pointed out frequently, in the medical context the damage has usually occurred, manifesting itself in sickness or death. In Savatier and Penneau's terms, the chance is not suspended or crystallized as is the case in the classical loss of chance examples; it has been realized, and the morbid scenario has necessarily played itself out. It can and should be analyzed by means of the generally applicable rules regarding causation.

Overall, then, not only do I question the independent recognition of a lost chance in all but the exceptional classical cases (such as the case of the lottery ticket), but I can certainly see no reason to extend such an artificial form of analysis to the medical context where faults of omission or commission must be considered alongside other identifiable causal factors in determining that which has produced the particular

qui aurait dû se produire et un résultat négatif qu'il aurait fallu éviter sont traités sur le même pied, qu'ils dépendent d'actions ou d'omissions.

Comme je l'ai déjà dit, je suis porté à favoriser une méthode qui s'attache au préjudice réel que, peut-on dire, le médecin a causé au patient par sa faute, et à déterminer l'indemnité en conséquence. D'abord, comme je l'ai dit, je ne vois pas de motif de traiter différemment les actes et les omissions. En conséquence, il n'y a pas d'impératif théorique qui exige des tribunaux qu'ils abandonnent l'analyse causale traditionnelle et qu'ils adoptent à la place une analyse essentiellement artificielle, fondée sur la perte de chance. Ensuite, bien que je reconnaisse que l'analyse fondée sur la perte de chance soit moins inacceptable quand elle sert à évaluer les dommages-intérêts dans des cas où la responsabilité du défendeur est nettement établie par ailleurs, ou peut-être quand il est impossible d'identifier d'autres facteurs de causalité, il faut envisager cette forme d'analyse avec beaucoup de prudence dans les cas où il existe des doutes sérieux sur le rôle causal du défendeur face à d'autres facteurs de causalité identifiables. Même si notre compréhension des matières médicales est souvent limitée, je ne suis pas prêt à conclure qu'il faut, pour les fins de la causalité, traiter les états médicaux particuliers comme l'équivalent d'éléments diffus de pure chance, semblables aux facteurs indéterminés du destin ou du hasard qui influent sur le résultat d'une loterie. Enfin, comme on l'a souligné à maintes reprises, en matière médicale le préjudice est déjà survenu, sous forme de maladie ou de décès. Selon les exposés de Savatier et Penneau, la chance n'est ni suspendue, ni cristallisée comme dans les exemples classiques de perte de chance; elle est réalisée et le scénario morbide s'est nécessairement déroulé. On peut et on doit l'analyser au moyen des règles généralement applicables en matière de causalité.

Dans l'ensemble, non seulement je m'interroge sur la reconnaissance distincte d'une perte de chance sauf dans les cas classiques exceptionnels (comme celui du billet de loterie), mais encore il m'est certainement impossible de voir une raison d'étendre une forme aussi artificielle d'analyse au contexte médical lorsqu'il faut tenir compte de fautes d'omission ou de fautes résultant d'une action concurremment avec

result in the form of sickness or death. As far as possible, the court must consider the question of responsibility with the particular facts of the case in mind, as they relate concretely to the fault, causation and actual damage alleged in the case. While probabilities are unquestionably a part of the assessment of these elements in the finding of responsibility, I am very reluctant to remove the analysis from the concrete to the probabilistic plane.

It is important to recognize that, in cases where the proof indicates that a particular procedure or treatment would probably (though not certainly) have produced a positive result, the patient will usually be able to recover damages under both of the methods described above. If the chance itself is compensated, however, damages will only be measured according to the level of probability. If the actual damage which has been caused is compensated, then the full value of the actual damage will be accorded. These differing results were seen in the majority and minority decisions in the *Lapointe* case.

Cases in which the evidence is scarce or seemingly inconclusive present the greatest difficulty. It is perhaps worthwhile to repeat that a judge will be influenced by expert scientific opinions which are expressed in terms of statistical probabilities or test samplings, but he or she is not bound by such evidence. Scientific findings are not identical to legal findings. Recently, in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, this Court made clear (at p. 328) that “[c]ausation need not be determined by scientific precision” and that “[i]t is not . . . essential that the medical experts provide a firm opinion supporting the plaintiff’s theory of causation” (p. 330). Both this Court and the Quebec Court of Appeal have frequently stated that proof as to the causal link must be established on the balance of probabilities taking into account all the evidence which is before it, factual, statistical and that which the judge is entitled to presume. (See, e.g., *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] S.C.R. 341, at pp. 343-45; *Morin v.*

d’autres facteurs de causalité identifiables pour déterminer ce qui a engendré le résultat particulier, qu’il s’agisse de maladie ou de décès. Dans la mesure du possible, le tribunal doit examiner la question de la responsabilité en ayant à l’esprit les faits particuliers de l’espèce selon qu’ils se rattachent de façon concrète à la faute, à la causalité et au préjudice réel qui sont allégués dans l’espèce. Bien que les probabilités fassent incontestablement partie de l’évaluation de ces éléments pour décider de la responsabilité, j’hésite beaucoup à transporter l’analyse du plan concret à celui d’un calcul de probabilités.

Il importe de reconnaître que, dans les affaires où la preuve démontre qu’une procédure ou un traitement particuliers auraient probablement (bien que ce ne soit pas certain) produit un résultat positif, le patient pourra ordinairement être indemnisé en vertu de l’une et l’autre méthodes décrites plus haut. Cependant, si la chance elle-même donne lieu à indemnisation, l’indemnité ne sera fixée qu’en fonction du degré de probabilité. Si c’est le préjudice réellement causé qui fait l’objet d’une indemnisation, l’indemnité accordée sera fixée à la pleine valeur du préjudice réellement subi. Cette différence de résultat ressort des motifs majoritaires et minoritaires dans l’arrêt *Lapointe*.

Les affaires où la preuve est mince ou apparemment peu concluante présentent la plus grande difficulté. Il vaut peut-être la peine de redire qu’un juge sera influencé par les avis d’experts scientifiques exprimés sous forme de probabilités statistiques ou d’échantillonnages, mais il n’est pas lié par ce genre de preuve. Les conclusions scientifiques ne sont pas identiques aux conclusions juridiques. Récemment, notre Cour a dit clairement dans l’arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, que «[l]a causalité n’a pas à être déterminée avec une précision scientifique» (p. 328) et qu’«il n’est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l’appui de la théorie de la causalité du demandeur» (p. 330). Notre Cour et la Cour d’appel du Québec ont fréquemment affirmé qu’il faut que la preuve du lien causal soit établie selon la prépondérance des probabilités compte tenu de toute la preuve soumise, c’est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les faits dont le juge peut présumer l’existence. (Voir, par

*Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570, at p. 580; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 808; *J.E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, at p. 278; *Dodds v. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), at pp. 2635-36.)

If one takes, for example, a case in which a doctor neglects to employ a recommended procedure which is said to have a fifty percent chance of complete cure, a judge would not necessarily be bound by expert opinion which declined to conclude that application of the procedure to the patient would have avoided the patient's present worsened condition. The judge might well be justified in finding that the procedure in question would probably have benefited the patient, if other factors particular to that plaintiff support that conclusion. The judge's duty is to assess the damage suffered by a particular patient, not to remain paralysed by statistical abstraction.

If one moves then to a procedure which is recommended despite a mere twenty-five percent chance of success according to expert evidence, it is still not a foregone conclusion that the doctor's fault in not using this procedure must be said to have had no causal role in the patient's death or sickness. If the experts are examined properly, a judge might well find that he or she is justified in concluding that the omission of that procedure did not cause the death or sickness, but that it caused other lesser but clearly negative results (e.g. slightly shorter life, greater pain). The doctor's fault could then be judged causal to the extent of the aggravation of what was otherwise an inevitably terminal or morbid condition.

The plaintiff is aided in establishing his or her case by presumptions (as provided by art. 1205 *C.C.L.C.*) and by such factual and statistical evidence as will aid the judge in appreciating what Moisan J. described properly as [TRANSLATION] "reasonable and prudent behaviour", "the natural order of things", "the sequence of cause and effect" and, generally, "the normal and ordinary course of events". The

exemple, *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] R.C.S. 341, aux pp. 343 à 345; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, à la p. 580; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 808; *J.E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, à la p. 278; *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), aux pp. 2635 et 2636.)

Si on prend comme exemple le cas où un médecin néglige d'utiliser la procédure recommandée dont on dit qu'elle comporte cinquante pour cent de chances d'entraîner une guérison complète, un juge n'est pas nécessairement lié par l'avis d'experts qui refusent de conclure que l'application de la procédure en cause au patient lui aurait évité l'état d'aggravation dans lequel il se trouve. Le juge pourrait fort bien être justifié de conclure que la procédure en cause aurait probablement été bénéfique pour le patient, si d'autres facteurs particuliers à ce demandeur étayaient cette conclusion. Le devoir du juge consiste à évaluer le préjudice subi par un patient déterminé et non à demeurer figé par une abstraction statistique.

Dans le cas d'une procédure qui est recommandée, mais à laquelle l'avis d'experts n'attribue que vingt-cinq pour cent de chances de réussite, il peut rester possible de conclure que la faute commise par le médecin en ne recourant pas à cette procédure n'a pas joué un rôle causal dans le décès ou la maladie du patient. Si l'interrogatoire des experts est bien mené, le juge peut bien trouver qu'il lui est loisible de conclure que l'omission d'utiliser la procédure n'a pas causé le décès ou la maladie du patient, mais qu'elle lui a engendré d'autres résultats moins graves mais nettement négatifs (par exemple, un léger abrègement de sa vie ou une augmentation de ses souffrances). La faute du médecin peut être considérée comme la cause de l'aggravation d'un état ou d'une maladie qui, de toute façon, était incurable.

Le demandeur peut invoquer, pour établir sa preuve, des présomptions (comme celles de l'art. 1205 *C.c.B.-C.*), des faits et des statistiques qui aideront le juge à apprécier ce que le juge Moisan décrit bien comme «la conduite [...] raisonnable et prudent[e]», «l'ordre naturel des choses», «l'enchaînement habituel des causes et des effets» et, de façon générale, «le déroulement normal et courant des évé-

judge will want to pay especially close attention to the various causal properties of the doctor's fault as well as the particular character of the damage which has manifested itself. In some cases, where a fault presents clear danger for the health and security of the patient and where such a danger materializes, it may be reasonable for a judge to presume the causal link between the fault and such damage, "unless there is a demonstration or a strong indication to the contrary" (*Morin v. Blais, supra*, at p. 580, *per* Beetz J.). If, after all has been considered, the judge is not satisfied that the fault has, on his or her assessment of the balance of probabilities, caused any actual damage to the patient, recovery should be denied. To do otherwise would be to subject doctors to an exceptional regime of civil responsibility.

In conclusion, then, and with all due deference to those who have expressed other opinions, I do not feel that the theory of loss of chance, at least as it is understood in France and Belgium, should be introduced into the civil law of Quebec in matters of medical responsibility. In the Court of Appeal, Jacques J.A. states without elaboration that loss of chance is recognized in the common law. I have taken note of the vigorous debate which is taking place in the United States and can find no dominant jurisprudential position favouring loss of chance in that country. In the United Kingdom, the House of Lords has expressed reservations about loss of chance analysis, but has not, as yet, reached a settled conclusion about its possible application: *Hotson v. East Berkshire Health Area Authority*, [1987] A.C. 750. I have also made note of this Court's recent decision in *Snell v. Farrell, supra*, which I take to endorse traditional principles of causation, properly applied.

By way of summary, I would make the following brief, general observations:

- The rules of civil responsibility require proof of fault, causation and damage.
- Both acts and omissions may amount to fault and both may be analyzed similarly with regard to causation.

nements». Le juge voudra porter particulièrement attention aux différentes propriétés causales de la faute du médecin ainsi qu'au caractère particulier du préjudice qui s'est manifesté. Dans certains cas où la faute comporte un danger manifeste pour la santé et la sécurité du patient et où ce danger s'est réalisé, il peut être logique pour le juge de présumer l'existence du lien de causalité entre la faute et ce préjudice «sous réserve d'une démonstration ou d'une forte indication du contraire» (*Morin c. Blais, précité*, à la p. 580, le juge Beetz). Si, après avoir tout considéré, le juge n'est pas convaincu que la faute a, selon son évaluation de la prépondérance des probabilités, causé quelque préjudice au patient, il doit refuser l'indemnisation. Faire autrement reviendrait à assujettir les médecins à un régime exceptionnel de responsabilité civile.

En conclusion, en toute déférence pour ceux qui ont exprimé d'autres opinions, je ne crois pas qu'il y a lieu d'incorporer dans le droit civil du Québec, en matière de responsabilité médicale, la théorie de la perte de chance, du moins de la façon dont on la comprend en France et en Belgique. En Cour d'appel, le juge Jacques affirme, sans plus, que la perte de chance est reconnue en common law. J'ai pris note du vigoureux débat qui se déroule aux États-Unis et je ne puis voir de prépondérance de la jurisprudence en faveur de la perte de chance dans ce pays. Au Royaume-Uni, la Chambre des lords a formulé des réserves au sujet de l'analyse fondée sur la perte de chance, mais elle n'a pas encore adopté de position définie sur la possibilité de l'appliquer: *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] A.C. 750. J'ai aussi pris note de l'arrêt récent de notre Cour *Snell c. Farrell, précité*, qui, à mon avis, confirme les principes traditionnels de causalité bien appliqués.

Pour résumer, je formule les brèves observations générales suivantes:

- Les règles de la responsabilité civile exigent la preuve de la faute, de la causalité et du préjudice.
- Les actes et les omissions peuvent constituer une faute et les deux sont soumis à la même analyse pour ce qui a trait à la causalité.

- Causation in law is not identical to scientific causation.
  - Causation in law must be established on the balance of probabilities, taking into account all the evidence: factual, statistical and that which the judge is entitled to presume.
  - In some cases, where a fault presents a clear danger and where such a danger materializes, it may be reasonable to presume a causal link, unless there is a demonstration or indication to the contrary.
  - Statistical evidence may be helpful as indicative but is not determinative. In particular, where statistical evidence does not indicate causation on the balance of probabilities, causation in law may nonetheless exist where evidence in the case supports such a finding.
  - Even where statistical and factual evidence do not support a finding of causation on the balance of probabilities with respect to particular damage (e.g. death or sickness), such evidence may still justify a finding of causation with respect to lesser damage (e.g. slightly shorter life, greater pain).
  - The evidence must be carefully analyzed to determine the exact nature of the fault or breach of duty and its consequences as well as the particular character of the damage which has been suffered, as experienced by the victim.
  - If after consideration of these factors a judge is not satisfied that the fault has, on his or her assessment of the balance of probabilities, caused any real damage, then recovery should be denied.
- La causalité en droit n'est pas identique à la causalité scientifique.
  - La causalité en droit doit être établie selon la prépondérance des probabilités, compte tenu de toute la preuve, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les présomptions.
  - Dans certains cas, lorsqu'une faute comporte un danger manifeste et que ce danger se réalise, il peut être raisonnable de présumer l'existence du lien de causalité, sous réserve d'une démonstration ou d'une indication contraire.
  - Une preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Plus précisément, lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle conclusion.
  - Même si la preuve statistique et la preuve factuelle ne justifient pas de conclure à l'existence de causalité, selon la prépondérance des probabilités, à l'égard d'un préjudice particulier (c'est-à-dire le décès ou la maladie), ces mêmes preuves peuvent justifier de conclure à l'existence de causalité à l'égard d'un préjudice moindre (par exemple, un léger abrègement de la vie, une augmentation des souffrances).
  - Il faut analyser la preuve avec soin pour déterminer la nature exacte de la faute ou du manquement à un devoir et ses conséquences de même que la nature particulière du préjudice subi par la victime.
  - Si après considération de ces facteurs, le juge n'est pas convaincu, d'après son évaluation de la prépondérance des probabilités, que la faute a causé un préjudice réel quelconque, il doit rejeter la demande d'indemnisation.

## 2. Application to the Facts in This Case

I have reviewed the detailed evidence submitted by the parties and have considered the findings of the trial judge. I agree with the majority of the Court of Appeal that the trial judge focussed primarily on the surgical technique employed by the appellant in 1971 rather than on those procedures and treatments which should have been available to the patient had she

## 2. Application aux faits de l'espèce

J'ai examiné la preuve détaillée soumise par les parties et j'ai analysé les conclusions du juge de première instance. Je souscris à l'avis majoritaire de la Cour d'appel que le juge de première instance s'est concentré surtout sur la technique chirurgicale employée par l'appelant en 1971 plutôt que sur les procédures et les traitements dont aurait pu bénéficier

been appropriately informed and followed up on by her doctor. I cannot, however, endorse the conclusions of the Court of Appeal as to the extent of the damages.

Jacques J.A. bases his award of \$50,000 in damages on the small hope of survival which medical science held out to Mrs. Dupuis had she been informed, followed more closely and consequently treated in a timely and proper fashion. For reasons which I have set out earlier, I do not feel that it is appropriate to focus on the degree of probability of success and to compensate accordingly; it is at least necessary that such a probability, or here, at most, a small possibility, translate into a concrete benefit for the patient which she can be said to have lost as a result of the doctor's fault.

In my view, the evidence amply supports the trial judge's finding that the appellant's fault could not be said to have caused Mrs. Dupuis' death seven years after the first diagnosis of cancer of the breast. Unfortunately, I must agree with the trial judge that all the evidence clearly confirms the stubborn and virulent nature of this disease.

I am less convinced, however, by the judge's implicit findings regarding the pain, anguish and suffering which the appellant's fault allegedly caused to Mrs. Dupuis. I have decided as a matter of law that proper causal analysis requires the judge to examine closely all elements of the damage, and with the greatest respect for the trial judge who was faced with a complex and difficult case, I find it necessary to reconsider his findings in this more narrow respect.

First, I am convinced that Mrs. Dupuis experienced a type of psychological suffering which was directly related to the appellant's failure to inform his patient of her condition. From 1975 until her death, she experienced the horrible rhythms of her disease and the regular and seemingly ineffectual treatments and medications in the knowledge that things might have been different had she known earlier and been treated earlier. Her chances may not have been sufficient for the law, but they were very real to her, no doubt. I

la patiente si elle avait été bien renseignée et suivie par le médecin. Je ne puis cependant accepter les conclusions de la Cour d'appel sur le montant des dommages-intérêts.

Le juge Jacques fixe les dommages-intérêts à 50 000 \$ en raison du mince espoir de survie que la science médicale accordait à M<sup>me</sup> Dupuis si elle avait été renseignée et suivie de plus près et, par conséquent, traitée à temps et de manière appropriée. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne crois pas qu'il convienne de se concentrer sur le degré de probabilité de réussite et d'accorder l'indemnité en conséquence; il est à tout le moins nécessaire que pareille probabilité ou, comme ici, la mince possibilité, se traduise, pour la patiente, en un avantage concret que, peut-on dire, elle a perdu par la faute du médecin.

À mon avis, la preuve étaye amplement la conclusion du juge de première instance qu'il est impossible d'affirmer que la faute du médecin a causé le décès de M<sup>me</sup> Dupuis sept ans après le premier diagnostic de cancer du sein. Malheureusement, je dois être d'accord avec le juge de première instance que l'ensemble de la preuve confirme manifestement le caractère malin et tenace de cette maladie.

Je trouve cependant moins convaincantes les conclusions du juge de première instance quant aux souffrances et à l'angoisse que la faute de l'appellant aurait causées à M<sup>me</sup> Dupuis. Je suis arrivé à la conclusion qu'en droit la bonne analyse du lien causal exige du juge qu'il examine de près tous les éléments du préjudice, et en toute déférence pour le juge de première instance qui était saisi d'une affaire complexe et difficile à trancher, j'estime nécessaire de réexaminer ses conclusions sur ce point plus restreint.

D'abord je suis convaincu que M<sup>me</sup> Dupuis a enduré une sorte de souffrance psychologique directement liée à l'omission de l'appellant de la renseigner sur son état. De 1975 jusqu'à son décès, elle a subi l'horrible progression de sa maladie et la régularité et l'inefficacité apparente des traitements et des médicaments, tout en sachant que les choses auraient pu être différentes si elle avait su et si elle avait été traitée plus tôt. Ses chances n'étaient peut-être pas suffisantes en droit, mais elles étaient certainement

think that it was also probable that the pain which she experienced as a result of the advancing disease was all the more distressing given that knowledge. While she was a person who was concerned with her health and prepared to seek the best medical evidence and abide by it, she was denied the opportunity and choice of doing so by reason of the appellant's failure to inform her. This led, for instance, to her continued use of contraception pills which she would have been advised against had her condition been known. I would therefore agree with Vallerand J.A.'s specific recognition of psychological damages, and, given the exceptional nature of this case, I would increase the amount in question to \$10,000.

Furthermore, I am of the view that while the death caused by cancer was not caused by the appellant's failure to follow up on his patient, it is probable that Mrs. Dupuis was denied the benefit of earlier treatment which would have translated into some real improvement in her admittedly terminal condition. I note, for example, that expert witnesses for both parties stated that proper and timely treatment would probably have provided for the patient a better quality of life even in the face of such a malignant condition.

Dr. Jacques Cantin, expert witness for the respondent, stated the following in the course of his testimony:

[TRANSLATION] There is a second aspect to patient follow-up, namely the notion of quality of life.

Certainly, patients have been followed very regularly and die all the same, but if they are properly followed, and recurrences are detected early, the patient may have a better quality of life. I will explain.

If, for example, you have a patient whose first recurrence of the disease is one or two (2) pulmonary metastases, if the problem is taken at the start, when there are two (2) or three (3) small images on the lung, it is an easier problem for us to handle, the situation is not as serious for the patient as if, for example, the patient comes to us with water in her lungs: her quality of life will not be the same. We will prevent her having a lot of problems.

très réelles dans son esprit. Je crois qu'il est aussi probable que les souffrances qu'elle a subies à cause de la progression de la maladie ont été d'autant plus éprouvantes qu'elle avait cette connaissance. Étant une personne préoccupée de sa santé et prête à chercher les meilleurs avis médicaux et à les mettre en pratique, elle a été privée de l'occasion et de la possibilité de le faire à cause de l'omission de l'appelant de la renseigner. Ainsi, elle a continué à prendre des pilules anticonceptionnelles ce qui lui aurait été déconseillé si elle avait connu son état. Je suis donc d'avis d'accepter la reconnaissance précise par le juge Vallerand du préjudice psychologique et, en raison de la nature exceptionnelle de l'espèce, j'augmenterais le montant en question à 10 000 \$.

De plus, j'estime que même si le décès causé par le cancer n'est pas dû à l'omission de l'appelant d'assurer le suivi de sa patiente, il est probable que Mme Dupuis a été privée de l'avantage d'un traitement précoce qui aurait signifié pour elle une amélioration réelle de son état certes terminal. Je note, par exemple, que les témoins experts des deux parties ont affirmé qu'un traitement adéquat, administré en temps opportun, aurait probablement procuré à la patiente une meilleure qualité de vie même dans un état aussi grave.

Le Dr Jacques Cantin, témoin expert de l'intimée, affirme dans son témoignage:

Il y a une deuxième dimension au suivi d'un malade. C'est la notion de la qualité de vie.

Il est bien sûr que les malades qui sont suivis très régulièrement et qui vont mourir pareil mais s'ils sont très bien suivis, et que les récidives sont dépistées très tôt, la malade va peut-être avoir une meilleure qualité de vie. Je m'explique.

Si, par exemple, vous avez une malade dont la première manifestation de récidive va être une ou deux (2) métastases pulmonaires, si on prend le problème au début, quand il y a deux (2), trois (3) petites images sur le poumon, c'est un problème plus facile à embarquer pour nous autres, les dimensions pour la malade sont moins grandes que si, par exemple, la malade nous arrive, elle a de l'eau dans les poumons, sa qualité de vie ne sera pas la même. On va lui éviter beaucoup de problèmes.



If, for example, this patient—I suggest it is possible that if we catch it when she only has these small local recurrences, well, the problems that she has are fewer than theoretically if we wait until she has an invasion of the cervical plexus with a Claude Bernard Horner, and the other dimension that I would like to pass on to the judge, it is not true that this will necessarily cure more people, but in any case often the quality of patients' lives at the time they suffer recurrences can be better.

Dr. Roger Poisson, one of the appellant's expert witnesses, was even more confident on this score:

[TRANSLATION] ... [patients] live for several years in a more comfortable way than in the past, without the rate of survival being necessarily improved that much. I think it is mainly ... the quality of life which is improved. ...

. . . .

... Now, to answer the judge ... it has to be admitted that survival rates in breast cancer ... have unfortunately not improved very much ... and, you know, it is ironic because despite the advance in surgery, radiotherapy and so on ... survival rates unfortunately remain too stable. On the other hand, quality of life has I think improved a great deal.

The improvement in the quality of life may not have been great, but I believe that deprivation of such a real and probable improvement should be recognized and compensated. I believe that \$7,500 would be appropriate for the damage represented by the diminished quality of life which Mrs. Dupuis experienced as a result of the appellant's fault.

#### V—Disposition

I would allow the appeal in part and order the appellant to pay respondent \$17,500 with interest and the additional indemnity pursuant to art. 1078.1 C.C.L.C. beginning April 1, 1983 and with costs throughout.

Si, par exemple, ce malade-là, je postule comme possible que si on la dépiste quand elle a uniquement ces petites récives locales, bien, les problèmes qu'elle a sont moins grands que théoriquement si on attend qu'elle ait un envahissement du plexus cervical avec un Claude Bernard Horner, et l'autre dimension que je veux transmettre à Monsieur le Juge, ce n'est pas juste que ça va nécessairement guérir plus de monde mais c'est que de toute façon, souvent la qualité de vie des malades au moment où ils vont récidiver, va pouvoir être meilleure.

Le Dr Roger Poisson, un des témoins experts de l'appellant, est encore plus optimiste sur ce point:

... [les patientes] vivent plusieurs années d'une façon plus confortable que dans le passé sans que pour ça les survies soient nécessairement tellement améliorées. Je crois que c'est surtout [...] la qualité de vie qui est améliorée ...

. . . .

... Maintenant, pour répondre à Monsieur le Juge, là [...] il faut avouer que les courbes de survie dans le cancer du sein [...] ont malheureusement assez peu évolué [...] et disons que c'est ironique parce que malgré l'avance de la chirurgie, de la radiothérapie et ainsi de suite [...] les courbes de survie restent malheureusement trop stables. Alors, par contre, en ce qui concerne la qualité de vie je pense que ça s'est beaucoup amélioré.

L'amélioration de la qualité de vie aurait pu ne pas être considérable, mais je crois qu'il faut reconnaître qu'il y a eu privation d'une amélioration à ce point réelle et probable qu'il faut accorder une indemnité à cet égard. Je crois que la somme de 7 500 \$ conviendrait à l'égard du préjudice représenté par la diminution de qualité de vie que M<sup>me</sup> Dupuis a subie par la faute de l'appellant.

#### i V—Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de condamner l'appellant à payer à l'intimée 17 500 \$ plus les intérêts et l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1078.1 C.c.B.-C. depuis le 1<sup>er</sup> avril 1983, le tout avec dépens dans toutes les cours.

English version of the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—For the reasons given by Jacques J.A., I agree with the majority of the Court of Appeal that the civil law recognizes that the damage resulting from loss of chance is compensable in this case. Although I would have been inclined to award more modest damages, I do not think that I should substitute my opinion on this question for that of the majority of the Court of Appeal. I would accordingly dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed in part with costs, LA FOREST J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Robinson, Sheppard, Montréal.*

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Pour les motifs prononcés par le juge Jacques de la Cour d'appel, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel que le droit civil reconnaît que le préjudice résultant de la perte d'une chance est indemnisable en l'espèce. Quoique j'aurais été porté à accorder des dommages-intérêts plus modestes, je ne crois pas qu'il y a lieu de substituer mon opinion sur cette question à celle de la majorité de la Cour d'appel. Donc, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens, le juge LA FOREST étant dissident.*

*Procureurs de l'appelant: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Robinson, Sheppard, Montréal.*

**Public Service Alliance of Canada** *Appellant*

**Alliance de la Fonction publique du Canada** *Appelante*

v.

c.  
a

**Her Majesty The Queen represented by the Attorney General of Canada** *Respondent*

**Sa Majesté la Reine représentée par le procureur général du Canada** *Intimée*

and

b et

**Econosult Inc.** *Mis en cause*

**Econosult Inc.** *Mise en cause*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA

File No.: 21393.

N<sup>o</sup> du greffe: 21393.

1990: May 22; 1991: March 21.

1990: 22 mai; 1991: 21 mars.

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

<sup>d</sup> Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Labour relations — Public Service — Employment — Teachers working in penitentiary pursuant to government contract with private corporation — Teachers provided by private corporation doing same work as those in service of Solicitor General — Public Service Staff Relations Board concluding that teachers provided by private corporation were Government employees for purposes of collective bargaining — Whether Board had jurisdiction to determine who is employee of Public Service — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, ss. 2, 33, 98.*

<sup>e</sup> *Relations de travail — Fonction publique — Emploi — Enseignants travaillant dans un pénitencier aux termes d'un contrat avec une société privée — Les enseignants fournis par la société privée accomplissaient le même travail que les enseignants au service du Solliciteur général — La Commission des relations de travail dans la Fonction publique a conclu que les enseignants fournis par la société privée étaient des employés du gouvernement pour les fins de la négociation collective — La Commission a-t-elle compétence pour déterminer qui est employé de la Fonction publique? — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-35, art. 2, 33, 98.*

*Administrative law — Judicial review — Jurisdictional error — Standard of review.*

<sup>g</sup> *Droit administratif — Contrôle judiciaire — Erreur h* *juridictionnelle — Norme de contrôle.*

When educational programs for inmates of federal penitentiaries were instituted by the Solicitor General, the teachers hired became part of the Solicitor General's staff, were classified as civil servants and formed part of a bargaining unit known as the Educational Group. The Solicitor General later decided to privatize the educational programs. Accordingly, the Government entered into a contract with Seradep Inc. for the supply of teachers to provide instruction at one of its penitentiaries. The duties of these teachers were precisely defined by the

<sup>i</sup> *Quand le Solliciteur général a mis sur pied des programmes de formation pour les détenus des pénitenciers fédéraux, les enseignants engagés faisaient partie de son personnel, étaient classés comme fonctionnaires et faisaient partie d'une unité de négociation connue sous le nom de groupe de l'enseignement. Plus tard, le Solliciteur général a décidé de privatiser les programmes de formation. En conséquence, le gouvernement a conclu un contrat avec Seradep Inc. qui devait embaucher des enseignants afin de fournir la formation à l'un de ses*

\* Chief Justice at the time of judgment.

<sup>j</sup> \* Juge en chef à la date du jugement.

Government. They were under the control of a supervisor employed by Seradep Inc. but it was a member of the correctional service who monitored the quality of instruction. When the contract with Seradep Inc. expired, a similar contract was concluded with Econosult Inc. Both contracts contained a clause stating expressly that the teachers were not hired as employees of the Crown. While the contract with Seradep Inc. was still in force, the appellant filed an application with the Public Service Relations Board seeking a declaration that first, all teaching employees at the penitentiary, including those provided by Seradep Inc., were employees of the Government, and second, that these teachers were members of the Educational Group for which the appellant was the certified bargaining agent. The application was based upon ss. 33 and 98 of the *Public Service Staff Relations Act*. The Board adopted the view that in the context of labour relations, the "substance" rather than the "form" of the relationship must be examined. It concluded that a true employer/employee relationship existed between the Solicitor General and the teachers supplied by Econosult Inc. in spite of the existence of the contract and granted appellant's application. The Federal Court of Appeal set aside the Board's decision. The majority held that the Board did not have the jurisdiction to decide who was an employee of the Public Service. Rather, the Board's authority applied only to public servants recognized as such by legislation other than its enabling statute and by the authority of a body other than itself.

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

*Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: The standard of review will depend on whether the interpretation of s. 33 of the *Public Service Staff Relations Act* and, in particular, the word "employees" contained therein, was intended by Parliament to be left to the Board or whether it is a provision limiting jurisdiction. If it is the latter then the Board's interpretation is reviewable if it is wrong. If, however, the interpretation of s. 33 and more specifically the meaning of the term "employees", was intended to be left to the Board then its decision is not reviewable unless the interpretation placed upon those provisions is patently unreasonable and the Board thereby exceeded its jurisdiction. In determining whether there has been a simple error in interpreting a provision conferring or limiting jurisdiction as in deter-

établissements. Les tâches de ces enseignants étaient précisément définies par le gouvernement. Ils étaient soumis au contrôle d'un surveillant employé de Seradep Inc., mais c'est un fonctionnaire du Service correctionnel qui surveillait la qualité de l'enseignement. Quand le contrat de Seradep Inc. a pris fin, un contrat semblable est intervenu avec Econosult Inc. Les deux contrats comportaient une clause qui prévoyait expressément que les enseignants n'étaient pas engagés à titre d'employés de Sa Majesté. Pendant que le contrat avec Seradep Inc. était encore en vigueur, l'appelante a présenté à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique une demande visant à obtenir une déclaration que tous les enseignants qui travaillaient au pénitencier, y compris ceux que fournissait Seradep Inc., étaient des employés du gouvernement et que ces enseignants étaient membres du groupe de l'enseignement dont l'appelante était l'agent négociateur accrédité. La demande était fondée sur les art. 33 et 98 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. La Commission a adopté le point de vue qu'en matière de relations de travail, il faut s'attacher au «contenu» plutôt qu'à la «forme» de la relation. Elle a conclu qu'il existait une véritable relation employeur-employé entre le Solliciteur général et les enseignants fournis par Econosult Inc. malgré l'existence d'un contrat; elle a donc accordé la déclaration demandée. La Cour d'appel fédérale a annulé la décision de la Commission. La Cour, à la majorité, a conclu que la Commission n'était pas compétente pour décider qui était un employé de la Fonction publique. Plus exactement, l'autorité de la Commission ne s'appliquait qu'aux fonctionnaires reconnus comme tels par une loi autre que sa loi habilitante et par un organisme autre qu'elle-même.

*Arrêt* (le juge Cory est dissident): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: La norme de contrôle dépend de la question de savoir si le Parlement avait l'intention de laisser à la Commission le soin d'interpréter l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail* et, en particulier, le mot «employés» qu'il comporte, ou s'il s'agit d'une disposition limitative de compétence. Dans la seconde hypothèse, l'interprétation donnée par la Commission est susceptible de contrôle judiciaire si elle est erronée. Toutefois, si le législateur a voulu laisser à la Commission le soin d'interpréter l'art. 33 et, plus précisément, le sens du mot «employés», alors la décision de cette dernière n'est pas susceptible de contrôle judiciaire à moins que l'interprétation donnée à ces dispositions ne soit manifestement déraisonnable et que la Commission n'ait, par le fait

mining whether jurisdiction has been exceeded by a patently unreasonable error a pragmatic and functional approach must be adopted.

The application of the pragmatic and functional approach to the construction of these provisions leads to the conclusion that Parliament did not intend to confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who are not members of the Public Service.

First, the Board's function under s. 33 is to determine whether employees, as defined in the Act, are included in a bargaining unit. By expressly defining the word "employee" in s. 2, Parliament clearly indicated its intention to limit the Board's jurisdiction to persons employed in the Public Service and who are not covered by the *Canada Labour Code*.

Second, the creation of a category of *de facto* public servant is not in keeping with the purpose of the legislation. The *Public Service Staff Relations Act*, the *Public Service Employment Act* and the *Financial Administration Act*, when read with the *Canada Labour Code*, reveal a scheme to create two separate and distinct labour regimes for two categories of federal employees. There is no place in this legal structure for a public servant without a position created by the Treasury Board and without an appointment made by the Public Service Commission. Moreover, the reason for the Board's existence in this scheme of labour relations is the resolution of labour management disputes between the Federal Government and its employees. Those who are authorized to bring disputes before the Board are employees, employee organizations and employers as defined in the legislation which clearly confines the ambit of these disputes to the Public Service. No purpose is served by extending its jurisdiction to employees outside the Public Service who have recourse to other labour relations legislation, either federal or provincial.

Third, in providing a clear definition of the employees and the employer who are subject to the Board's jurisdiction, Parliament clearly showed its intention that

même, excédé sa compétence. Pour déterminer s'il y a eu une simple erreur d'interprétation d'une disposition qui confère ou limite la compétence, tout comme pour déterminer s'il y a eu excès de compétence en raison d'une erreur manifestement déraisonnable, il faut avoir recours à une méthode pragmatique et fonctionnelle.

La façon pragmatique et fonctionnelle d'interpréter ces dispositions mène à la conclusion que le Parlement n'a pas eu l'intention d'attribuer à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui ne sont pas membres de la Fonction publique.

Premièrement, en vertu de l'art. 33, le rôle de la Commission consiste à déterminer si les employés qui répondent à la définition de la Loi appartiennent à une unité de négociation. En définissant expressément le mot «employé» à l'art. 2, le Parlement a clairement manifesté son intention de limiter la compétence de la Commission aux personnes qui sont employées dans la Fonction publique et qui ne sont pas assujetties au *Code canadien du travail*.

Deuxièmement, la création d'une catégorie de fonctionnaires de fait est incompatible avec l'objet des dispositions législatives. La *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et la *Loi sur la gestion des finances publiques*, considérées avec le *Code canadien du travail*, révèlent une intention de créer deux régimes séparés et distincts de relations de travail pour deux catégories d'employés fédéraux. Dans cette construction juridique, il n'y a pas de place pour un fonctionnaire sans poste créé par le Conseil du Trésor et sans nomination faite par la Commission de la Fonction publique. De plus, la raison d'être de la Commission dans ce régime de relations de travail est le règlement des conflits de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés. Ceux qui peuvent soumettre des litiges à la Commission sont des employés, des organisations d'employés et des employeurs au sens des dispositions législatives qui restreignent manifestement ces litiges à la Fonction publique. Il ne servirait à rien d'étendre la compétence de la Commission à des employés qui ne font pas partie de la Fonction publique et qui peuvent invoquer d'autres dispositions législatives, fédérales ou provinciales, en matière de relations de travail.

Troisièmement, en fournissant une définition claire des employés et de l'employeur qui sont assujettis à la compétence de la Commission, le Parlement a clairement manifesté son intention de ne pas s'en remettre à l'expertise générale de la Commission dans le domaine

the Board should not rely on its general labour expertise to extend the reach of this definition.

The conclusion that Parliament did not confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who are not members of the Public Service is not at variance with previous decisions of this Court. No case gives the Board the authority to decide that persons hired by a private contract fall within the definition of "employee" in the *Public Service Staff Relations Act* notwithstanding that they have not been appointed as public servants in accordance with the established statutory requirements.

*Per Cory J. (dissenting):* The application of the functional and pragmatic approach set forth in *Bibeault* clearly establishes that the Board had jurisdiction under s. 33 of the *Public Service Staff Relations Act* to decide whether the Econosult Inc. teachers were members of the bargaining unit.

The purpose of the Act, as reflected by s. 98, is to provide the means for achieving the speedy resolution of disputes arising out of a collective agreement between the Federal Government and its employees. While the Board is required under s. 33 to determine who are the members of a bargaining unit, it was not necessary in this case for the Board, in carrying out its assigned role under that section, to determine whether an employee was a member of the Public Service—i.e., an employee as defined in s. 2. A person can well be a member of a bargaining unit for collective bargaining purposes, and yet not be a public servant entitled to all the special benefits and perquisites that flow from membership in the Public Service. Here, in making its decision as to whether teachers doing the same work in the same institution should belong to the same bargaining unit, the Board carried out a function which lay logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board by the Act. The wording of s. 98 itself made it incumbent on the Board to make a finding on this issue.

Further, it is apparent that the Board's *raison d'être* is the resolution of labour management disputes that may erupt between the Federal Government and its employees, and the Board acted within its area of expertise in that field and carried out its mandate in deciding that the Econosult Inc. teachers were members of the bargaining unit. The Board has been given wide powers and its decisions, which are protected by a privative clause, require the utilization of expert skill or knowledge in the

des relations ouvrières pour étendre la portée de cette définition.

La conclusion que le Parlement n'a pas attribué à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui n'appartiennent pas à la Fonction publique ne s'écarte pas des décisions antérieures de notre Cour. Aucun arrêt n'affirme que la Commission a la compétence de décider que des personnes engagées en vertu d'un contrat privé relèvent de la définition d'«employé» au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, même si elles n'ont pas été nommées fonctionnaires conformément aux exigences légales établies.

*Le juge Cory (dissident):* L'application de l'analyse fonctionnelle et pragmatique énoncée dans l'arrêt *Bibeault* établit clairement que la Commission, en vertu de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, avait le pouvoir de décider si les enseignants d'Econosult Inc. faisaient partie de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement.

Comme son art. 98 l'indique, la Loi a pour objet de fournir le moyen de résoudre avec célérité les différends qui surviennent entre le gouvernement fédéral et ses employés. Bien que l'art. 33 exige de la Commission qu'elle détermine quels sont les membres d'une unité de négociation, il n'était pas nécessaire, en l'espèce, que la Commission, en exerçant le rôle qui lui était attribué en vertu de cet article, détermine si un employé était membre de la Fonction publique, c'est-à-dire un employé au sens de l'art. 2. Une personne peut bien être membre d'une unité de négociation à des fins de négociation collective et ne pas être un fonctionnaire qui a droit à tous les avantages spéciaux et les émoluments qui découlent de l'appartenance à la Fonction publique. En l'espèce, pour décider si les enseignants qui exécutaient le même travail dans le même établissement devaient faire partie de la même unité de négociation, la Commission a exercé une fonction qui, logiquement, est au cœur de la compétence spécialisée que la Loi lui a conférée. Selon les termes de l'art. 98, il incombait à la Commission de rendre une décision sur cette question.

De plus, il ressort que la Commission a pour raison d'être de résoudre les différends ouvriers-patronaux qui peuvent survenir entre le gouvernement fédéral et ses employés et que la Commission a agi dans le cadre de son domaine d'expertise et a exercé son mandat lorsqu'elle a conclu que les enseignants d'Econosult Inc. étaient membres de l'unité de négociation. La Commission a obtenu des pouvoirs étendus et ses décisions, qui sont protégées par une clause privative, font appel à des

field of labour relations involving the Federal Government and its employees. The question of whether a person can be an employee, for the purposes of collective bargaining, without going through the formalities set out in the *Public Service Employment Act*, is a substantive question that the Board was required to consider in order to attain the aim of the *Public Service Staff Relations Act* and to fulfill its role.

The Board's decision was not patently unreasonable. A person need not be appointed by the Public Service Commission pursuant to s. 8 of the *Public Service Employment Act* in order to be classified as an employee of the Federal Government and a member of a bargaining unit under s. 33 of the *Public Service Staff Relations Act*. It is not the form of the arrangement or the expressed intent of the Government which is determinative of the issue; rather, it is the substance of the relationship that must govern the decision. Here, it was apparent that, quite apart from appointments made under s. 8 of the *Public Service Employment Act*, government officials could *de facto* create a position. The Board, after carefully examining the situation of the contract workers, determined that they were employees of the Federal Government for collective bargaining purposes. The Board's decision was consistent with the facts presented, the decided cases and with the provisions of the *Public Service Staff Relations Act*, and appeared to be a reasonable one.

#### Cases Cited

By Sopinka J.

**Applied:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; **referred to:** *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 346; *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc.*, [1984] O.L.R.B. Rep. July 931; *Brantwood Manor Nursing Homes Ltd.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332; *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489; *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, [1989] 1 F.C. 176.

By Cory J. (dissenting)

*Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 346; *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503; *Anisminic Ltd. v. Foreign*

connaissances et des compétences spécialisées en matière de relations de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés. La question de savoir si une personne peut être un employé, aux fins de la négociation collective, sans passer par les formalités établies par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* constitue une question de fond que la Commission était tenue d'examiner pour réaliser l'objectif de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et remplir son rôle.

La décision de la Commission n'était pas manifestement déraisonnable. Il n'est pas nécessaire qu'une personne soit nommée par la Commission de la Fonction publique conformément à l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* pour être qualifiée d'employé du gouvernement fédéral et appartenir à une unité de négociation en vertu de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Ce n'est pas la forme de l'entente, ni l'intention exprimée par le gouvernement qui est déterminante de la question, c'est plutôt le contenu de la relation qui doit régir la décision. En l'espèce, il était évident que, outre les nominations faites en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, les fonctionnaires du gouvernement peuvent en fait créer un poste. Après avoir attentivement examiné la situation des contractuels, la Commission a déterminé qu'ils étaient des employés du gouvernement fédéral aux fins de la négociation collective. La décision de la Commission était compatible avec les faits présentés, la jurisprudence et les dispositions de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* et paraissait raisonnable.

#### Jurisprudence

§ Citée par le juge Sopinka

**Arrêt appliqué:** *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; **arrêts mentionnés:** *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 346; *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc.*, [1984] O.L.R.B. Rep. July 931; *Brantwood Manor Nursing Homes Ltd.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332; *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489; *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, [1989] 1 C.F. 176.

Citée par le juge Cory (dissident)

*Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 346; *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503; *Anisminic Ltd. v. Foreign*

*Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374; *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 A.C. 237; *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941); *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944); *Udall v. Tallman*, 380 U.S. 1 (1965); *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Blanco v. Rental Commission*, [1980] 2 S.C.R. 827; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 5, 6, 16.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(2) [am. c. 9 (1st Supp.), s. 22(2)], (3).  
*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 34(1) [am. 1987, c. 24, s. 24].  
*Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, s. 39 [am. 1983, c. 22, s. 21].  
*Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 142(5).  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 106(2).  
*Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 11(3).  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 2 "employee", "Public Service", 8, 22 to 27.  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, ss. 2 "employee", "employer", "Public Service", 3, 7, 33, 57, 98 [am. 1974-75-76, c. 67, s. 27].  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 19(1).

*Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374; *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 A.C. 237; *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941); *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944); *Udall v. Tallman*, 380 U.S. 1 (1965); *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d'administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489.

#### Lois et règlements cités

*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 5, 6, 16.  
*Code du travail*, L.R.Q. 1977, ch. C-27, art. 39 [mod. 1983, ch. 22, art. 21].  
*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 34(1) [mod. 1987, ch. 24, art. 24].  
*Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 11(3).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 28.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2) [mod. ch. 9 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 22(2)], (3).  
*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 2 «employé», «Fonction publique», 8, 22 à 27.  
*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 106(2).  
*Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-35, art. 2 «employé», «employeur», «Fonction publique», 3, 7, 33, 57, 98 [mod. 1974-75-76, ch. 67, art. 27].  
*Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 142(5).  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475, art. 19(1).



**Authors Cited**

Craig, Paul P. *Administrative Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Schwartz, Bernard and H. W. R. Wade. *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States*. Oxford: Clarendon Press, 1972.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 633, allowing respondent's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board (1988), 13 P.S.S.R.B. Decisions 6. Appeal dismissed, Cory J. dissenting.

*Dianne Nicholas*, for the appellant.

*Raymond Piché* and *Gaspard Côté*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin J.J. was delivered by

SOPINKA J.—The question raised by this appeal is whether the Public Service Staff Relations Board (the “Board”) had jurisdiction to decide that teachers working in the Cowansville Penitentiary pursuant to a government contract with the mis en cause Econosult Inc. (“Econosult”) were employees in the Public Service within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35 (“*Staff Relations Act*”). I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Cory J. and with respect, I cannot agree with the conclusion that he has reached.

### 1. Facts and Proceedings

In 1971, the Solicitor General for Canada instituted educational programs for the inmates of federal penitentiaries. The educational services were to be provided by Government employees. In 1984, the Solicitor General decided to privatize the educational programs by having recourse to agencies in the private sector to provide the required teaching services.

**Doctrine citée**

Craig, Paul P. *Administrative Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Schwartz, Bernard and H. W. R. Wade. *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States*. Oxford: Clarendon Press, 1972.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 633, qui a accueilli la demande, présentée par l'intimée en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, de révision et d'annulation d'une décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (1988), 13 Décisions de la C.R.T.F.P. 6. Pourvoi rejeté, le juge Cory est dissident.

*Dianne Nicholas*, pour l'appelante.

*Raymond Piché* et *Gaspard Côté*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (la «Commission») avait compétence pour statuer que des enseignants qui travaillaient au pénitencier de Cowansville, conformément à un contrat du gouvernement conclu avec la mise en cause Econosult Inc. («Econosult») étaient des employés de la Fonction publique au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-35 («*Loi sur les relations de travail*»). J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne puis partager la conclusion qu'il a tirée.

### 1. Les faits et les procédures

En 1971, le solliciteur général du Canada a mis sur pied des programmes de formation pour les détenus des pénitenciers fédéraux. Les services d'enseignement devaient être fournis par des employés du gouvernement. En 1984, le Solliciteur général a décidé de privatiser les programmes de formation en faisant appel à des agences du secteur privé pour fournir les

There were several reasons motivating this decision. In addition to ensuring the high quality of the programs by requiring that the education of the inmates be provided by teachers from accredited Boards of Education, colleges and universities, it was hoped that the privatization would bring about certain advantages such as lower cost, efficiency and flexibility as to the variety of courses available to inmates.

Accordingly, in May of 1985, Supply and Services Canada entered into a contract with Seradep Inc. ("Seradep") for the supply of teachers to provide instruction at the Cowansville Penitentiary in Quebec. The duties of the employees of Seradep were precisely defined by the Government, but they were nonetheless to be under the control of a supervisor employed by Seradep. A member of the correctional service was to monitor the quality of instruction.

When the contract with Seradep expired in July 1987, a similar contract was concluded with Econosult. Both contracts contained a clause stating expressly that the teachers were not hired as employees of the Crown:

This is a Contract for the performance of a service and the Contractor is engaged as an independent Contractor for the sole purpose of providing a service. Neither the Contractor nor any of his personnel is engaged as an employee, servant or agent of Her Majesty. The Contractor further agrees to be solely responsible for any and all payments and/or deductions required to be made respecting Unemployment Insurance, Workmen's Compensation, Income Tax or such payment deductions falling within this particular category. [Emphasis added.]

While the first contract with Seradep was still in force, the appellant, the Public Service Alliance of Canada ("P.S.A.C."), filed an application with the Board seeking first, a declaration that all teaching employees at the Cowansville Penitentiary, including those provided by Seradep, were employees of the Federal Government and second, that these teachers were members of the Educational Group for which the P.S.A.C. was the certified bargaining agent. The specific findings which the Board was asked to make were as follows:

services pédagogiques requis. Plusieurs motifs étaient à l'origine de cette décision. En plus d'assurer la haute qualité des programmes en exigeant que la formation des détenus soit réalisée par des enseignants de commissions scolaires, de collèges et d'universités accrédités, on espérait que la privatisation procurerait certains avantages comme la diminution des coûts, l'efficacité et la souplesse dans le choix des cours offerts aux détenus.

En conséquence, en mai 1985, Approvisionnement et Services Canada a conclu avec Seradep Inc. («Seradep») un contrat en vue d'obtenir les services d'enseignants qui seraient chargés de la formation au pénitencier de Cowansville au Québec. Le gouvernement définissait précisément les tâches que devaient remplir les employés de Seradep, mais ceux-ci étaient néanmoins soumis au contrôle d'un surveillant au service de Seradep. Un membre du Service correctionnel devait vérifier la qualité de l'enseignement.

Lorsque le contrat de Seradep a pris fin en juillet 1987, un contrat semblable est intervenu avec Econosult. Les deux contrats comportaient une clause qui prévoyait expressément que les enseignants n'étaient pas engagés à titre d'employés de Sa Majesté:

Les présentes constituent un contrat souscrit en vue de la prestation d'un service et l'entrepreneur n'est engagé que pour fournir un service. Ni l'entrepreneur ni son personnel n'est engagé à titre d'employé, de fonctionnaire ou de mandataire de Sa Majesté. C'est d'autre part à l'entrepreneur seul qu'incombe la charge d'effectuer tous paiements ou retenues au titre de l'assurance-chômage, de l'assurance contre les accidents du travail ou de l'impôt sur le revenu et autres retenues tombant dans cette même catégorie. [Je souligne.]

Pendant que le premier contrat avec Seradep était encore en vigueur, l'appelante, l'Alliance de la Fonction publique du Canada («A.F.P.C.») a présenté à la Commission une demande visant, premièrement, à obtenir une déclaration que tous les enseignants au pénitencier de Cowansville, y compris ceux fournis par Seradep, étaient des employés du gouvernement fédéral et, deuxièmement, que ces enseignants étaient membres du groupe de l'enseignement dont l'A.F.P.C. était l'agent négociateur accrédité. Plus précisément, on demandait que la Commission:

## [TRANSLATION]

- |   |  |
|---|--|
| (a) find that all teaching employees at the Cowansville Penitentiary are employees of the respondent employer (Her Majesty the Queen in right of Canada, represented by the Treasury Board), including those providing their services through Seradep Inc.; | a) déclare que tous les employés enseignants à l'Institution de Cowansville sont les employés de l'employeur-intimée (Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le Conseil du Trésor) y compris ceux prodiguant leurs services par le truchement de Seradep Inc.; |
| (b) find that all employees teaching at the Cowansville Penitentiary are members of the Education Group (ED) of the bargaining unit;  | b) déclare que tous les employés enseignant à l'Institution de Cowansville sont membres de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement (ED);  |
| (c) find that the Public Service Alliance of Canada is the certified bargaining agent for all employees teaching at Cowansville Penitentiary;   | c) déclare que l'Alliance de la Fonction publique du Canada est l'agent négociateur accrédité de tous les employés enseignant à l'Institution de Cowansville;  |
| (d) find that the respondent employer must comply with clause 10 of the collective agreement concerning the withholding of union dues . . . .   | d) déclare que l'employeur-intimée doit se conformer à l'article 10 de la Convention collective, portant sur la retenue syndicale . . .  |

*Decision of the Board*

The Board acknowledged at the outset that if it were to be limited by what it considered to be mere "form", there would be no controversy that the teachers in question were employees of Econosult. Moreover, it was not disputed that there were differences in the hiring process and working conditions of the Econosult employees as opposed to Government employees. First, a supervisor employed by Econosult was responsible for overseeing the services provided by the latter as opposed to the Government employees who were under the supervision of a member of the correctional service. Second, only the Government employees were sworn in as public servants under oath of office. Third, the working conditions of the Government employees were to be negotiated collectively pursuant to the *Staff Relations Act* in contrast to the teachers from the private sector whose working conditions were negotiated on an individual basis with Econosult. Finally, the contract between the Government and Econosult provided explicitly that the latter was responsible for the hiring of the teachers as opposed to Government employees who are hired following the procedure provided for in the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32 ("*Employment Act*").

*La décision de la Commission*

La Commission a reconnu au départ que si elle devait se limiter à ce qu'elle considère comme une question de pure «forme», il n'y aurait aucun doute que les enseignants en cause étaient des employés d'Econosult. De plus, personne n'a contesté qu'il y avait des différences entre le processus d'embauche et les conditions de travail des employés d'Econosult et ceux des employés du gouvernement. Premièrement, un surveillant employé par Econosult était chargé de surveiller les services fournis par les employés de celle-ci alors que les employés du gouvernement étaient sous la surveillance d'un membre du Service correctionnel. Deuxièmement, seuls les employés du gouvernement avaient prêté un serment d'office en tant que fonctionnaires. Troisièmement, les conditions de travail des employés du gouvernement devaient être négociées collectivement, conformément à la *Loi sur les relations de travail*, alors que pour les enseignants du secteur privé les conditions de travail étaient établies par des négociations individuelles avec Econosult. Enfin, le contrat conclu entre le gouvernement et Econosult mentionnait expressément que celle-ci était chargée d'embaucher les enseignants, alors que les employés du gouvernement étaient embauchés selon la procédure prescrite dans la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32 («*Loi sur l'emploi*»).

Notwithstanding these significant differences, the Board concluded that the true employer of the said teachers was the Government of Canada. As employees of the Government of Canada it was not contested that they were members of the bargaining unit (Educational Group). The Board adopted the view that in the context of labour relations, the “substance” rather than the “form” of the relationship must be examined. The Board was of the opinion that the evidence revealed that Econosult played a rather “marginal” role in the work-life of the teachers.

The Board made the findings which were requested in the following terms:

Having regard to all the above conclusions, my decision is as follows:

- (a) I declare that the teachers working at the Correctional Service Canada Cowansville Institution as “contract workers” for Econosult Inc., including Mrs. Lise Côté, the supervisor of education, are included in the teaching group bargaining unit, for which the Applicant is the bargaining agent under the Public Service Staff Relations Act;
- (b) I declare that the same persons were included in that bargaining unit in the month of February 1987;
- (c) I declare that the Treasury Board is obligated to comply with section 10 of the basic agreement, relating to union check off, with respect to these employees, commencing with the month of February 1987;
- (d) I order the Treasury Board to pay to the Applicant an amount equal to the amount that the latter would have collected if the Treasury Board had complied with section 10 of the agreement in question between February 1 and September 30, 1987; and
- (e) I shall retain jurisdiction over the reference under section 98 for the purpose of settling possible problems with respect to the calculation of the amount due to the Applicant.

*Federal Court of Appeal*, [1989] 2 F.C. 633

Marceau J.A., writing for the majority, made three observations leading to the conclusion that the Board

Malgré ces différences importantes, la Commission a conclu que le gouvernement du Canada était le véritable employeur desdits enseignants. On n’a pas contesté qu’à titre d’employés du gouvernement du Canada, les enseignants étaient membres de l’unité de négociation (groupe de l’enseignement). La Commission a adopté le point de vue qu’en matière de relations de travail, il faut s’attacher au «contenu» plutôt qu’à la «forme» de la relation. La Commission a été d’avis que la preuve révélait qu’Econosult jouait un rôle plutôt «marginal» dans la vie active des enseignants.

La Commission a rendu la décision qu’on lui avait demandé de rendre dans les termes suivants:

Eu égard à toutes les conclusions qui précèdent, ma décision est la suivante:

- a) je déclare que les enseignants qui travaillent à l’établissement Cowansville du Service correctionnel du Canada comme «contractuels» au service d’Econosult Inc., y compris Madame Lise Côté, le superviseur pédagogique, font partie de l’unité de négociation du groupe de l’enseignement, pour laquelle la requérante est l’agent négociateur en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique;
- b) je déclare que les mêmes personnes faisaient partie de cette unité de négociation au mois de février 1987;
- c) je déclare que le Conseil du Trésor est obligé de se conformer à l’article 10 de la convention cadre, relative à la retenue syndicale, à l’égard de ces employés, et ceci à partir du mois de février 1987;
- d) j’ordonne au Conseil du Trésor de payer à la requérante un montant égal au montant que celle-ci aurait touché si le Conseil du Trésor s’était conformé à l’article 10 de ladite convention entre le 1<sup>er</sup> février et le 30 septembre 1987; et
- e) je demeurerai saisi du renvoi en vertu de l’article 98 aux fins de régler des problèmes éventuels au sujet du calcul du montant dû à la requérante.

*La Cour d’appel fédérale*, [1989] 2 C.F. 633

Le juge Marceau, qui a rédigé les motifs de la majorité, fait trois observations qui l’amènent à con-

had exceeded its jurisdiction in this case. First, public servants constitute a separate regime of labour relations and must be distinguished from employees of the private and semi-private sector. For example, s. 6 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, states expressly that Part I, dealing with "Industrial Relations", does not apply in respect of the employment of public servants. Marceau J.A. observed that the Public Service regime is defined in three statutes which must be read together and interpreted accordingly: the *Employment Act*, the *Staff Relations Act* and the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (previously R.S.C. 1970, c. F-10). Second, Marceau J.A. distinguished this case from those involving a dispute as to whether a person is an independent contractor or employee. There was no dispute in the case at bar that the teachers provided by Econosult were employees rather than independent contractors. The only controversy was whether they were Government employees or employees of Econosult. Finally, Marceau J.A. emphasized that in the case of employees of the private or semi-private sector, the legal relationship may be inferred from a situation of fact and no particular form is necessary to give rise to the relationship of employer/employee. On the other hand, the status of a public servant cannot be inferred from a mere situation of fact, as employment in the Public Service is subject to a comprehensive set of rules which are strictly enforced. For example, the *Staff Relations Act* defines precisely when a position will be considered to be part of the "Public Service". The *Financial Administration Act* confers on the Treasury Board the exclusive power to approve the creation of new positions and to determine their classification as well as their distribution amongst the various organs of the public administration. By virtue of the *Employment Act*, the Public Service Commission is entrusted with the exclusive power to appoint persons to the Public Service by way of nominations based on merit.

These observations led Marceau J.A. to the finding that the Board did not have jurisdiction to determine who is a member of the Public Service. He concluded

clure que la Commission a excédé sa compétence en l'espèce. D'abord, les fonctionnaires sont soumis à un régime distinct de relations de travail et doivent être distingués des employés du secteur privé ou semi-privé. Par exemple, l'art. 6 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, dit expressément que la partie I, qui vise les «Relations du travail», ne s'applique pas aux fonctionnaires. Le juge Marceau fait remarquer que le régime de relations de travail dans la Fonction publique est défini par trois lois qu'il faut interpréter comme un tout: la *Loi sur l'emploi*, la *Loi sur les relations de travail* et la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (auparavant la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10). Ensuite, le juge Marceau établit une distinction entre l'espèce et les affaires où le litige porte sur la question de savoir si une personne est un entrepreneur indépendant ou un employé. Il n'est pas contesté ici que les enseignants fournis par Econosult étaient des employés et non des entrepreneurs indépendants. Le seul point en litige était de savoir s'ils étaient des employés du gouvernement ou des employés d'Econosult. Enfin, le juge Marceau souligne que, dans le cas des employés du secteur privé ou semi-privé, il est permis de conclure à l'existence d'un lien juridique à partir d'une situation de fait et qu'aucune formalité particulière n'est requise pour donner naissance à la relation employeur-employé. Par contre, il n'est pas possible de conclure à l'existence du statut de fonctionnaire à partir d'une simple situation de fait, car l'emploi dans la Fonction publique est assujéti à un ensemble complet de règles qu'il faut observer de façon stricte. Par exemple, la *Loi sur les relations de travail* définit précisément quand un poste est considéré comme faisant partie de la «Fonction publique». La *Loi sur la gestion des finances publiques* confère au Conseil du Trésor le pouvoir exclusif d'approuver la création de nouveaux postes et de déterminer leur classification ainsi que leur répartition entre les différents organes de l'administration publique. En vertu de la *Loi sur l'emploi*, la Commission de la Fonction publique a le pouvoir exclusif de nommer des personnes à la Fonction publique en vertu du régime du mérite.

Ces observations amènent le juge Marceau à conclure que la Commission n'avait pas compétence pour décider qui est membre de la Fonction publique.

that the Board's authority extends only to public servants recognized as such by a statute other than its governing statute and appointed by the authority of a body other than itself. The majority therefore referred the matter back to the Board for a determination of the application on the basis that the teachers employed by Econosult are not employees within the meaning of the *Staff Relations Act*.

Hugessen J.A. differed from the majority. He found support for the jurisdiction of the Board to decide the matter for the reasons given in *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 346. Hugessen J.A. also considered the decision of this Court in *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, as determinative that the decision as to what constitutes the creation of a position and the appointment to a position must be reached by means of an assessment of the facts in each case and not simply by looking to the intention of the employer.

## 2. Relevant Statutory Provisions

The application by the P.S.A.C. was based on ss. 33 and 98 of the *Staff Relations Act*:

33. Where, at any time following the determination by the Board of a group of employees to constitute a unit appropriate for collective bargaining, any question arises as to whether any employee or class of employees is or is not included therein or is included in any other unit, the Board shall, on application by the employer or any employee organization affected, determine the question.

98. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and

(a) the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the collective agreement or arbitral award, and

(b) the obligation, if any, is not an obligation the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the collective agreement or arbitral award applies,

either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board, which shall hear and determine whether there is an obligation

Il conclut que la compétence de la Commission s'étend exclusivement aux fonctionnaires reconnus comme tels en vertu d'une loi autre que sa loi habilitante et nommés par un organisme autre qu'elle-même. La majorité a donc renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle statue sur la demande en tenant compte du fait que les enseignants engagés par Econosult ne sont pas des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail*.

Le juge Hugessen a été dissident. Il a estimé que la Commission avait compétence pour se prononcer sur la question qui lui était soumise pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 346. Le juge Hugessen a aussi estimé que l'arrêt de notre Cour *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, établit qu'il faut décider ce qui constitue la création d'un poste et la nomination à un poste en procédant à une évaluation des faits de chaque cas et non seulement en considérant l'intention de l'employeur.

## 2. Les dispositions législatives pertinentes

La demande de l'A.F.P.C. est fondée sur les art. 33 et 98 de la *Loi sur les relations de travail*:

33. Lorsque, à un moment quelconque après que la Commission a décidé qu'un groupe d'employés constitue une unité habile à négocier collectivement, se pose la question de savoir si un employé ou une classe d'employés en fait ou n'en fait pas partie ou fait partie d'une autre unité, la Commission doit, sur demande de l'employeur ou de toute association d'employés concernée, trancher la question.

98. (1) Lorsque l'employeur et un agent négociateur ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale et

a) que l'employeur ou l'agent négociateur cherche à faire exécuter une obligation qu'on prétend découler de la convention collective ou de la décision arbitrale, et

b) que l'obligation, s'il en est, n'est pas une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief d'un employé de l'unité de négociation visée par la convention collective ou la décision arbitrale,

l'employeur ou l'agent négociateur peut, de la manière prescrite, renvoyer l'affaire à la Commission qui doit l'entendre et décider si l'obligation alléguée existe et,

as alleged and whether, if there is, there has been a failure to observe or to carry out the obligation.

(2) The Board shall hear and determine any matter referred to it pursuant to subsection (1) as though the matter were a grievance, and subsection 95(2) and sections 96 and 97 apply to the hearing and determination of that matter.

“Employee” and “employer” are defined in the *Staff Relations Act* as follows:

2. In this Act

. . .

“employee” means a person employed in the Public Service, other than [exceptions not applicable] . . .

. . .

“employer” means Her Majesty in right of Canada as represented by,

(a) in the case of any portion of the public service of Canada specified in Part I of Schedule I, the Treasury Board, and

(b) in the case of any portion of the public service of Canada specified in Part II of Schedule I, the separate employer concerned;

. . .

“Public Service” means the several positions in or under any department or other portion of the public service of Canada specified from time to time in Schedule I;

. . .

7. Nothing in this Act shall be construed to affect the right or authority of the employer to determine the organization of the Public Service and to assign duties to and classify positions therein.

The *Employment Act* provides:

2. (1) In this Act

“employee” means a person employed in that part of the Public Service to which the [Public Service] Commission has the exclusive right and authority to appoint persons;

. . .

dans l’affirmative, s’il y a eu inobservation ou inexécution.

(2) La Commission doit entendre et trancher l’affaire qui lui est ainsi renvoyée en conformité du paragraphe (1) comme s’il s’agissait d’un grief, et le paragraphe 95(2) ainsi que les articles 96 et 97 s’appliquent à son audition et à la décision à rendre en l’espèce.

Les mots «employé» et «employeur» sont ainsi définis dans la *Loi sur les relations de travail*:

2. Dans la présente loi

. . .

«employé» désigne une personne employée dans la Fonction publique, sauf [les exceptions ne s’appliquent pas] . . .

. . .

«employeur» désigne Sa Majesté du chef du Canada représentée,

a) dans le cas de tout élément de la fonction publique du Canada que spécifie la Partie I de l’annexe I, par le conseil du Trésor, et

b) dans le cas de tout élément de la fonction publique du Canada que spécifie la Partie II de l’annexe I, par l’employeur distinct qui est en cause;

. . .

«Fonction publique» désigne l’ensemble des postes qui sont compris dans un ministère, département ou autre élément de la fonction publique du Canada que spécifie à l’occasion l’annexe I, ou qui en relèvent;

. . .

7. Rien dans la présente loi ne doit s’interpréter comme portant atteinte au droit ou à l’autorité que possède l’employeur de déterminer comment doit être organisée la Fonction publique, d’attribuer des fonctions aux postes et de classer ces derniers.

La *Loi sur l’emploi* prévoit:

2. (1) Dans la présente loi

«employé» désigne une personne employée dans une partie de la Fonction publique relativement à laquelle la Commission possède de façon exclusive le droit et l’autorité de faire des nominations;

. . .

“Public Service” has the same meaning as in the *Public Service Staff Relations Act*.

«Fonction publique» a le même sens que dans la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*;

. . .

. . .

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

<sup>a</sup> 8. Sous réserve de la présente loi, la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination.

#### *Financial Administration Act*

#### *Loi sur la gestion des finances publiques*

11. . . .

11. . . .

(2) Subject to the provisions of any enactment respecting the powers and functions of a separate employer but notwithstanding any other provision contained in any enactment, the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management including its responsibilities in relation to employer and employee relations in the public service, and without limiting the generality of sections 7 to 10,

<sup>c</sup> (2) Sous réserve des seules dispositions de tout texte législatif concernant les pouvoirs et fonctions d'un employeur distinct, le Conseil du Trésor peut, dans l'exercice de ses attributions en matière de gestion du personnel, notamment de relations entre employeur et employés dans la fonction publique:

(a) determine the requirements of the public service with respect to human resources and provide for the allocation and effective utilization of human resources within the public service;

<sup>d</sup> a) déterminer les effectifs nécessaires à la fonction publique et assurer leur répartition et leur bonne utilisation;

(b) determine requirements for the training and development of personnel in the public service and fix the terms on which such training and development may be carried out;

<sup>e</sup> b) déterminer les besoins de formation et de perfectionnement du personnel de la fonction publique et fixer les conditions de mise en œuvre de cette formation et de ce perfectionnement;

(c) provide for the classification of positions and employees in the public service;

<sup>f</sup> c) assurer la classification des postes et des employés au sein de la fonction publique;

(d) determine and regulate the pay to which persons employed in the public service are entitled for services rendered, the hours of work and leave of those persons and any matters related thereto;

<sup>g</sup> d) déterminer et réglementer les traitements auxquels ont droit les personnes employées dans la fonction publique, leurs horaires et leurs congés, ainsi que les questions connexes;

(e) provide for the awards that may be made to persons employed in the public service for outstanding performance of their duties, for other meritorious achievement in relation to those duties and for inventions or practical suggestions for improvements;

<sup>h</sup> e) prévoir les primes susceptibles d'être accordées aux personnes employées dans la fonction publique pour les résultats exceptionnels ou autres réalisations méritoires auxquelles elles sont parvenues dans le cadre de leurs fonctions, pour des inventions ou pour des idées pratiques d'amélioration;

(f) establish standards of discipline in the public service and prescribe the financial and other penalties, including suspension and discharge, that may be applied for breaches of discipline or misconduct, and the circumstances and manner in which and the authority by which or whom those penalties may be applied or may be varied or rescinded in whole or in part;

<sup>i</sup> f) établir des normes de discipline dans la fonction publique et prescrire les sanctions pécuniaires et autres, y compris la suspension et le congédiement, susceptibles d'être appliquées pour manquement à la discipline ou pour inconduite et indiquer dans quelles circonstances, de quelle manière, par qui et en vertu de quels pouvoirs ces sanctions peuvent être appliquées, modifiées ou annulées, en tout ou en partie;



(g) [repealed c. 9 (1st Supp.), s. 22(2)];

(h) determine and regulate the payments that may be made to persons employed in the public service by way of reimbursement for travel or other expenses and by way of allowances in respect of expenses and conditions arising out of their employment; and <sup>a</sup>

(i) provide for such other matters, including terms and conditions of employment not otherwise specifically provided for in this subsection, as the Treasury Board considers necessary for effective personnel management in the public service. <sup>b</sup>

### 3. Jurisdiction of the Board

#### (a) *Standard of Review*

In respect of the standard of review I am in substantial agreement with the principles stated by Cory J. In this appeal it is necessary to consider whether the Board, in concluding that it could entertain the application made to it by the appellant, was interpreting a statutory provision which confers or limits jurisdiction. Essentially, this requires a determination as to whether the interpretation of s. 33 of the *Staff Relations Act* and, in particular the word “employees” contained therein, was intended by Parliament to be left to the Board or whether it is a provision limiting jurisdiction. If it is the latter then the Board’s interpretation is reviewable if it is wrong. If, however, the interpretation of s. 33, and more specifically the meaning of the term “employees”, was intended to be left to the Board then its decision is not reviewable unless the interpretation placed upon those provisions is patently unreasonable and the Board thereby exceeded its jurisdiction. <sup>e</sup>

In essence, this is a distillation of this complex area of the law which was made by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, when he stated (at p. 1086): <sup>f</sup>

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; and <sup>g</sup>

g) [abrogé ch. 9 (1<sup>er</sup> suppl.), par. 22(2)];

h) déterminer et régler les indemnités susceptibles d’être versées aux personnes employées dans la fonction publique soit pour des frais de déplacement ou autres, soit pour des dépenses ou en raison de circonstances liées à leur emploi;

i) régler les autres questions, notamment les conditions de travail non prévues de façon expresse par le présent paragraphe, dans la mesure où il l’estime nécessaire à la bonne gestion du personnel de la fonction publique.

### 3. Compétence de la Commission

#### <sup>c</sup> a) *Norme de contrôle judiciaire*

Dans l’ensemble, je suis d’accord avec les principes énoncés par le juge Cory quant à la norme de contrôle judiciaire. Dans le présent pourvoi, il faut déterminer si, en concluant qu’elle pouvait entendre la demande présentée par l’appelante, la Commission interprétait une disposition législative qui confère ou limite sa compétence. Essentiellement, il faut décider si le Parlement avait l’intention de laisser à la Commission le soin d’interpréter l’art. 33 de la *Loi sur les relations de travail* et, en particulier, le mot «employés» qu’il comporte, ou s’il s’agit d’une disposition limitative de compétence. Dans la seconde hypothèse, l’interprétation donnée par la Commission est susceptible de contrôle judiciaire si elle est erronée. Toutefois, si le législateur a voulu laisser à la Commission le soin d’interpréter l’art. 33 et, plus précisément, le sens du mot «employés», alors la décision de cette dernière n’est pas susceptible de contrôle judiciaire à moins que l’interprétation donnée à ces dispositions ne soit manifestement déraisonnable et que la Commission n’ait, par le fait même, excédé sa compétence. <sup>d</sup>

Le juge Beetz a fait un exposé succinct de ce domaine complexe du droit dans l’arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, quand il dit (à la p. 1086): <sup>e</sup>

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 <sup>h</sup>

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.

In the recent decision of this Court in *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, La Forest J. stated (at p. 1003):

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function; see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

Although Wilson J. and L'Heureux-Dubé J. dissented, both agreed with the basis for judicial review adopted by La Forest J. For example, L'Heureux-Dubé J. remarked (at p. 1033):

I agree with my colleague La Forest J. that courts must defer to the judgment of administrative tribunals in matters falling squarely within the area of their expertise. It is now well-established that an administrative tribunal exceeds its jurisdiction because of error only if: (1) it errs in a patently unreasonable manner in respect of a question which is within its jurisdiction; or, (2) it commits a simple error in respect of a legislative provision limiting the tribunal's powers (see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1086).

To the same effect see Wilson J. at p. 1020.

In determining whether there has been a simple error in interpreting a provision conferring or limiting jurisdiction, as in determining whether jurisdiction has been exceeded by a patently unreasonable error, a pragmatic, functional approach must be adopted. This emerges from the following statement of Beetz J. in *Bibeault* (at pp. 1088-89):

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.

Dans l'arrêt récent de notre Cour *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, le juge La Forest dit (à la p. 1003):

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu'elle n'examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction; voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Bien que les juges Wilson et L'Heureux-Dubé aient été dissidentes, elles ont toutes les deux accepté la justification du contrôle judiciaire adoptée par le juge La Forest. Par exemple, le juge L'Heureux-Dubé fait observer (à la p. 1033):

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que les cours de justice doivent s'en remettre au jugement des tribunaux administratifs dans les matières qui relèvent directement de leur champ de spécialisation. Il est maintenant bien établi qu'un tribunal administratif n'excède sa compétence à cause d'une erreur que 1) s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable à l'égard d'une question qui relève de sa compétence, ou 2) s'il commet une simple erreur à l'égard d'une disposition législative qui limite ses pouvoirs (voir *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1086).

Dans le même sens, voir le juge Wilson, à la p. 1020.

Pour déterminer s'il y a eu une simple erreur d'interprétation d'une disposition qui confère ou limite la compétence, tout comme pour déterminer s'il y a eu excès de compétence en raison d'une erreur manifestement déraisonnable, il faut avoir recours à une méthode pragmatique et fonctionnelle. C'est ce qui ressort de l'énoncé suivant du juge Beetz tiré de l'arrêt *Bibeault* (aux pp. 1088 et 1089):

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 provision limiting that jurisdiction, the first step involves determining the tribunal's jurisdiction. [Emphasis added.]

Cory J. concludes that the interpretation of s. 33 of the *Staff Relations Act* is a matter within the jurisdiction of the Board. Since, in his opinion the decision of the Board is not patently unreasonable, he concludes that there is no basis for judicial review.

Adopting a pragmatic and functional approach to the construction of these provisions, I have come to the conclusion that Parliament did not intend to confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who are not members of the Public Service. The Board by an error of law has assumed jurisdiction that it was not intended to have. Its decision is, therefore, reviewable.

#### (b) *Application of the Standard*

##### (i) Wording of the Enactment

In my opinion the wording of s. 33 itself, aided by the definition of the word "employee" provided by s. 2, is practically decisive in this case. Section 33 is intended to enable the Board to resolve any question as to whether an employee or class of employees is or is not included in a bargaining unit. In the absence of a definition of "employee", it could be argued that the Board could determine who is an employee on the basis of tests that are generally employed in labour matters. These tests are customarily employed to resolve a dispute as to whether a person is an employee or an independent contractor. The express definition of "employee", however, shows a clear

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 déraisonnable 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. [Je souligne.]

Le juge Cory conclut que l'interprétation de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail* relève de la compétence de la Commission. Puisqu'à son avis la décision de la Commission n'est pas manifestement déraisonnable, il conclut que rien ne justifie le contrôle judiciaire.

Ayant adopté une approche pragmatique et fonctionnelle pour interpréter ces dispositions, j'arrive à la conclusion que le Parlement n'a pas eu l'intention d'attribuer à la Commission la compétence sur les relations de travail des employés qui ne sont pas membres de la Fonction publique. La Commission s'est attribué, par une erreur de droit, une compétence qu'on ne voulait pas qu'elle ait. En conséquence, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

#### b) *Application de la norme*

##### (i) Formulation de la disposition

À mon avis, la formulation de l'art. 33 lui-même, conjuguée à la définition du mot «employé» qu'on trouve à l'art. 2, est pratiquement déterminante en l'espèce. L'article 33 vise à habiliter la Commission à décider si un employé ou une catégorie d'employés appartient à l'unité de négociation. S'il n'y avait pas de définition du mot «employé», on pourrait soutenir que la Commission peut décider si quelqu'un est un employé en vertu des critères généralement utilisés dans les affaires de relations de travail. Ces critères servent ordinairement à déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant. La définition expresse du mot «employé» montre cepen-

intention by Parliament that it has decided the category of employee over which the Board is to have jurisdiction. It is restricted to persons employed in the Public Service and who are not covered by the *Canada Labour Code*. The Board's function by the very words of s. 33 is not to determine who is an employee but rather whether employees who come within the definition provided, are included in a particular bargaining unit.

There is no provision in s. 33 or indeed in this statute that gives the Board exclusive jurisdiction to determine who is an employee on the basis of the Board's expertise. Such provisions are not uncommon in labour statutes when it is intended that the Board have the final word as to whether persons employed by the same employer are employees or independent contractors. One example of such a provision is s. 106(2) of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228. This exclusive power to determine who is an employee has been exercised to prevent an employer from contracting out work in breach of the collective agreement. This jurisdiction is usually exercised in the context of an unfair labour practice based on anti-union animus. Two cases decided by the Ontario Labour Relations Board illustrate the exercise of this power and, significantly, are cited by the Board in this case in support of its decision. They are *Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc.*, [1984] O.L.R.B. Rep. July 931, and *Brantwood Manor Nursing Homes Ltd.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332. Other examples of this express grant of jurisdiction to determine who is an employee are:

(1) *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 11(3);

(2) *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 34(1);

(3) *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 142(5);

(4) *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 19(1);

dant que le Parlement a clairement eu l'intention de déterminer lui-même la catégorie d'employés sur lesquels la Commission aurait compétence. Cette catégorie se limite aux personnes employées dans la Fonction publique et qui ne sont pas assujetties au *Code canadien du travail*. D'après le texte même de l'art. 33, le rôle de la Commission consiste non pas à déterminer qui est employé, mais plutôt à déterminer si les employés qui répondent à cette définition appartiennent à une unité particulière de négociation.

Il n'y a, ni dans l'art. 33, ni même dans la Loi, aucune disposition qui confère à la Commission compétence exclusive pour déterminer, en fonction de sa propre expertise, qui est un employé. Pareilles dispositions se retrouvent souvent dans les lois du travail quand on veut que la Commission ait le dernier mot quant à savoir si les personnes au service d'un même employeur sont des employés ou si elles sont des entrepreneurs indépendants. Le paragraphe 106(2) de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 228, en est un exemple. Ce pouvoir exclusif de décider qui est un employé a été exercé pour empêcher un employeur de donner du travail à contrat en violation de la convention collective. Cette compétence s'exerce ordinairement dans le cadre d'une pratique déloyale de travail fondée sur un sentiment d'animosité envers les syndicats. Deux décisions de la Commission des relations de travail de l'Ontario illustrent l'exercice de ce pouvoir et, fait à noter, la Commission les invoque ici à l'appui de sa décision. Ce sont les décisions *Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc.*, [1984] O.L.R.B. Rep. July 931, et *Brantwood Manor Nursing Homes Ltd.* (1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332. Voici d'autres exemples d'attribution expresse de la compétence pour décider qui est un employé:

(1) *Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2, par. 11(3);

(2) *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, par. 34(1);

(3) *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, par. 142(5);

(4) *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475, par. 19(1);

(5) *Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, s. 39.

Typical of the wording is s. 16 of the *Canada Labour Code* which provides:

16. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(p) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

(i) a person is an employer or an employee . . . .

(ii) Purpose of the Statute and the Reasons for the Board's Existence

The three statutes referred to above when read with the *Canada Labour Code* reveal a scheme to create two separate and distinct labour regimes for two categories of federal employees. The legislation treats each category as mutually exclusive. Thus s. 3 of the *Staff Relations Act* limits the application of the Act to the Public Service. The Code applies to employees who work on federal works or undertakings. By virtue of s. 6 of the Code, public servants are excluded from its application. It is significant that s. 5 of the Code makes specific provision for employees who are employed by corporations established to perform work for the Government of Canada. Exclusion from the application of the Code and inclusion in the Public Service require an order of the Governor in Council. Public servants are a special category of employee whose particular status is incompatible with inclusion in a bargaining unit with non-public servants. The positions in the Public Service are determined by Treasury Board and appointments to the public service are within the exclusive right and authority of the Public Service Commission. Exceptions are carefully spelled out in the *Employment Act*.

Although Cory J. states that the teachers are found to be employees for collective bargaining purposes

(5) *Code du travail*, L.R.Q. 1977, ch. C-27, art. 39.

L'article 16 du *Code canadien du travail* est un exemple typique de formulation de ces dispositions.

Il est ainsi conçu:

16. Le Conseil peut, dans le cadre de toute affaire dont il connaît:

p) trancher, dans le cadre de la présente partie, toute question qui peut se poser à l'occasion de la procédure, et notamment déterminer:

(i) si une personne est un employeur ou un employé . . .

(ii) Objet de la loi et raison d'être de la Commission

Les trois lois susmentionnées, considérées avec le *Code canadien du travail*, révèlent une intention de créer deux régimes séparés et distincts de relations de travail pour deux catégories d'employés fédéraux. Les dispositions législatives considèrent ces deux catégories d'employés comme mutuellement exclusives. Ainsi, l'art. 3 de la *Loi sur les relations de travail* restreint l'application de cette loi à la Fonction publique. Le Code s'applique aux employés qui travaillent dans des ouvrages ou entreprises fédéraux. En vertu de l'art. 6 du Code, les fonctionnaires n'y sont pas soumis. Il est significatif que l'art. 5 du Code comporte des dispositions expresses pour les employés qui travaillent pour des personnes morales constituées en vue d'exécuter un travail pour le gouvernement du Canada. L'exclusion de la sujétion au Code et l'inclusion dans la Fonction publique exigent un décret du gouverneur en conseil. Les fonctionnaires forment une catégorie spéciale d'employés dont le statut particulier est incompatible avec leur inclusion dans une unité de négociation qui compte des membres qui ne sont pas fonctionnaires. Les postes dans la Fonction publique sont établis par le Conseil du Trésor et le droit de nommer à la Fonction publique appartient exclusivement à la Commission de la Fonction publique. Les exceptions sont soigneusement exposées dans la *Loi sur l'emploi*.

Bien que le juge Cory affirme que l'on a conclu que les enseignants étaient des employés pour les fins

and not public servants for other purposes, I have some difficulty reading the Board's reasons that way. In paragraph 73 of the Board's reasons it states that the contract teachers are employees of the Government of Canada and that no one has contended that if they are such employees that they are not members of the bargaining unit. The conclusion that the teachers are employees of the Government of Canada is the basis for finding that they are included in the bargaining unit. A finding that they are employees of the Government of Canada *simpliciter* would clearly exceed the authority conferred by s. 33 and would fly in the face of s. 8 of the *Employment Act* which expressly reserves this power to the Public Service Commission. While I am of the view that this is the basis of the Board's decision, I will deal with the matter on the narrower interpretation of the Board's decision as suggested by Cory J. His approach is summed up in the statement that: "A person can well be a member of a bargaining unit for collective bargaining purposes, and yet not be a public servant entitled to all the special benefits and perquisites that flow from membership in the Public Service" (p. 660).

In the scheme of labour relations which I have outlined above there is just no place for a species of *de facto* public servant who is neither fish nor fowl. The introduction of this special breed of public servant would cause a number of problems which leads to the conclusion that creation of this third category is not in keeping with the purpose of the legislation when viewed from the perspective of a pragmatic and functional approach. There are, for example, certain statutory terms and conditions of employment that are not subject to the collective bargaining process but are nevertheless applicable to a public servant. This results from the combined effect of s. 57 of the *Staff Relations Act* and ss. 22 to 27 of the *Employment Act*. Accordingly a bargaining unit which is designed to include all those with a unity of interest would have two classes of employees. On the one hand, the "legal" public servant must take an oath of allegiance and of office, has his or her tenure of office fixed by statute, and is subject to other statutory restrictions

de la négociation collective et qu'ils n'étaient pas des fonctionnaires pour les autres fins, je trouve difficile d'interpréter ainsi les motifs de la Commission. Au paragraphe 73 de ses motifs, la Commission dit que les enseignants contractuels sont des employés du gouvernement du Canada et que personne n'a soutenu que, s'ils sont des employés du gouvernement du Canada, ils ne font pas partie de l'unité de négociation. La conclusion que les enseignants sont des employés du gouvernement du Canada justifie de conclure qu'ils sont inclus dans l'unité de négociation. La conclusion, sans plus, qu'ils sont des employés du gouvernement du Canada excéderait clairement la compétence attribuée par l'art. 33 et contredirait directement l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi* qui réserve expressément cette compétence à la Commission de la Fonction publique. Bien que je sois d'avis que c'est là le fondement de la décision de la Commission, j'analyserai la question selon l'interprétation plus restrictive de la décision de la Commission comme le propose le juge Cory. Son point de vue est résumé dans l'énoncé suivant: «Une personne peut très bien être membre d'une unité de négociation à des fins de négociation collective et ne pas être un fonctionnaire qui a droit à tous les avantages spéciaux et les émoluments qui découlent du fait d'être membre de la Fonction publique» (p. 660).

Dans le régime des relations de travail que j'ai exposé plus haut, il n'y a tout bonnement pas de place pour une espèce de fonctionnaire de fait qui ne serait ni chair ni poisson. La création d'une telle catégorie spéciale de fonctionnaires susciterait un certain nombre de problèmes qui amènent à conclure que la création de cette troisième catégorie est incompatible avec l'objet des dispositions législatives considérées sous l'angle d'une analyse pragmatique et fonctionnelle. Il y a, par exemple, certaines modalités d'emploi fixées par la loi qui ne sont pas soumises au processus de négociation collective, mais qui s'appliquent quand même aux fonctionnaires. Cette situation résulte de l'effet conjugué de l'art. 57 de la *Loi sur les relations de travail* et des art. 22 et 27 de la *Loi sur l'emploi*. En conséquence, une unité de négociation destinée à inclure tous ceux qui ont une unité d'intérêt comprendrait deux catégories d'employés. D'une part, le fonctionnaire nommé en vertu de la loi doit prêter un serment d'allégeance et d'office, voit

but receives other benefits, while, on the other hand, the *de facto* public servant is free to work these terms out with his or her contractual employer and indeed bargain collectively with the latter in respect of these matters. There is no provision in the Code that excludes its application to *de facto* public servants, even those so found by the Board. There is, therefore, the prospect that the teachers could be represented by two unions certified by two different boards. Furthermore, the Board's order does not purport to nullify the contract with Econosult and it is unclear who is to pay the contract teachers. As parties to their contracts with Econosult they are entitled to be paid by it and yet they are also entitled to the benefits of the collective agreement. The Treasury Board is to make deductions by way of check-off but it is by no means clear that it can deduct these amounts from the payments it must make to Econosult under its contract with it, which apparently remains on foot.

In short, the situation is aptly summed up by Marceau J.A. speaking for the majority of the Court of Appeal when he states (at p. 643):

There is quite simply no place in this legal structure for a public servant (that is, an employee of Her Majesty, a member of the Public Service) without a position created by the Treasury Board and without an appointment made by the Public Service Commission.

Finally, what is the reason for the Board's existence in this scheme of labour relations? I agree with my colleague that it is the resolution of labour management disputes between the federal government and its employees. Those who are authorized to bring disputes before the Board are employees, employee organizations and employers as defined in the legislation which clearly confines the ambit of these disputes to the Public Service. No purpose is served by extending its jurisdiction to employees outside the Public Service who have recourse to other labour relations legislation, either federal or provincial.

sa durée d'emploi fixée par la loi et est assujéti à d'autres restrictions légales, mais jouit d'autres avantages; d'autre part, le fonctionnaire de fait est libre de concevoir ces conditions avec son employeur et même de négocier collectivement avec lui relativement à ces questions. Il n'y a pas de disposition du Code qui soustraie les fonctionnaires de fait à son application, même pas celles que la Commission y a vues. La possibilité existe donc que les enseignants soient représentés par deux syndicats accrédités par deux commissions différentes. De plus, l'ordonnance de la Commission n'a pas pour objet d'annuler le contrat conclu avec Econosult et il n'est pas établi qui devra payer les enseignants contractuels. À titre de parties aux contrats qu'ils ont conclus avec Econosult, ils ont le droit d'être rémunérés par celle-ci tout en ayant le droit de bénéficier des avantages de la convention collective. Le Conseil du Trésor est appelé à effectuer des retenues à la source, mais il n'est absolument pas clair qu'il puisse déduire ces sommes des versements qu'il doit faire à Econosult en vertu du contrat qui le lie à elle et qui, en apparence, reste en vigueur.

Bref, le juge Marceau résume bien la situation lorsqu'il affirme, au nom de la Cour d'appel à la majorité (à la p. 643):

Il n'y a tout simplement pas de place dans cette construction juridique pour un fonctionnaire (i.e. un employé de la Reine, membre de la fonction publique) sans poste créé par le Conseil du Trésor, et sans nomination faite par la Commission de la fonction publique.

Enfin, quelle est la raison d'être de la Commission dans ce régime de relations de travail? Je partage l'avis de mon collègue que sa raison d'être est le règlement des conflits de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés. Ceux qui peuvent soumettre des litiges à la Commission sont des employés, des organisations d'employés et des employeurs au sens des dispositions législatives qui restreignent manifestement ces litiges à la Fonction publique. Il ne servirait à rien d'étendre la compétence de la Commission à des employés qui ne font pas partie de la Fonction publique et qui peuvent invoquer d'autres dispositions législatives, fédérales ou provinciales, en matière de relations de travail.

(iii) The Area of Expertise of the Administrative Agency

In providing a clear definition of the employees and the employer who are subject to the Board's jurisdiction, it was not the intention of Parliament to rely on the expertise of the Board to extend the reach of this definition. Indeed, the source of the Board's error is its reliance on its general labour expertise which led it to rely on criteria developed under other different labour legislation when it ought to have applied the clear definition of "employee" provided by Parliament.

It remains to consider whether this conclusion, which a pragmatic and functional analysis of the legislation supports, is at variance with previous decisions of this Court.

4. Previous Decisions

Both the Board and Hugessen J.A. found in *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen, supra*, authority for the conclusion that the Board in this case correctly referred to the nature of the relationship with the Government in order to determine whether the teachers supplied by Econosult were employees within the meaning of the *Staff Relations Act*.

With respect, I cannot agree with Hugessen J.A. that *S.G.C.T.* is determinative of the issue in the case at bar. In *S.G.C.T.*, the applicant *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision* sought certification to represent "freelancers" working under personal contracts with the National Film Board. The Public Service Staff Relations Board refused the application on the basis that the "freelancers" were not employees within the meaning of the *Staff Relations Act* because they were engaged under contracts for personal services under s. 10(d) of the *National Film Act* and did not occupy "positions" in the Public Service as

(iii) Le domaine d'expertise de l'organisme administratif

En fournissant une définition claire des employés et de l'employeur qui sont assujettis à la compétence de la Commission, le Parlement n'a pas voulu s'en remettre à l'expertise de la Commission pour étendre la portée de cette définition. En effet, l'erreur de la Commission a son origine dans le recours à son expertise générale dans le domaine des relations ouvrières qui l'a amenée à se fonder sur des critères établis en vertu d'autres dispositions législatives en matière de relations de travail, alors qu'elle aurait dû appliquer la définition claire du mot «employé» fournie par le législateur.

Il reste à examiner si cette conclusion, qui s'appuie sur une analyse pragmatique et fonctionnelle, s'écarte des décisions antérieures de notre Cour.

4. La jurisprudence antérieure

La Commission et le juge Hugessen de la Cour d'appel ont tous deux invoqué l'arrêt *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, précité, à l'appui de la conclusion qu'en l'espèce la Commission a eu raison de se référer à la nature de la relation avec le gouvernement pour déterminer si les enseignants fournis par Econosult étaient des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail*.

En toute déférence, je ne puis partager l'avis du juge Hugessen que l'arrêt *S.G.C.T.* est déterminant quant à la question soulevée en l'espèce. Dans l'affaire *S.G.C.T.*, le requérant, le *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision*, demandait l'accréditation pour représenter les «pigistes» qui travaillaient en vertu de contrats personnels conclus avec l'Office national du film. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique a rejeté la requête pour le motif que les «pigistes» n'étaient pas des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail*, parce qu'ils étaient embauchés en vertu de contrats de services personnels conclus conformément à l'al. 10d) de la *Loi nationale sur le film* et qu'ils n'occupaient



defined in the *Staff Relations Act* and in ss. 13 and 14 of the *National Film Act*.

The National Film Board, a separate employer under the legislation, could employ persons by contract either to “continuing positions” pursuant to s. 13 of the Act or to positions other than continuing positions pursuant to s. 14. In the former case, the statute required that employment be in accordance with a plan approved by the Governor in Council if the salary of the employee exceeded \$5,000. In the latter case, however, s. 14 permitted the National Film Board to employ persons without any formalities. In this respect the National Film Board was the same as any other employer. The issue was simply whether the conduct of the National Film Board was consistent with the freelancers having been employed as independent contractors, a matter to be determined on the basis of the *de facto* relationship. *Le Dain J.A.* (as he then was), speaking for the Federal Court of Appeal, was careful to point out that the Public Service Staff Relations Board could not find that a person who had not followed the prerequisites of s. 13 was nonetheless a continuing employee. He stated (at p. 353):

Subsection 13(5) provides that a person appointed to a continuing position in the National Film Board must take an oath of office and secrecy in a specified form. A person who might otherwise be in the relationship of an employee to the Board could not, in my opinion, be considered to occupy a continuing position within the meaning of section 13 unless the requirements of section 13 had been met.

... A person who must be considered to be an employee of the Board on the general tests for distinguishing between an employee and an independent contractor must be deemed, in my opinion, to occupy a position within the meaning of section 14. There is no special formality required for employing a person in a position other than a continuing position. [Emphasis added.]

This case does not stand for the proposition that the Board can treat persons as members of the Public Service in disregard of statutory formalities on the

pas de «postes» dans la Fonction publique, au sens de la *Loi sur les relations de travail* et des art. 13 et 14 de la *Loi nationale sur le film*.

L’Office national du film, un employeur distinct au sens de la Loi, pouvait embaucher des personnes par contrat soit dans des «postes continus», conformément à l’art. 13 de la Loi, ou dans des charges autres que les postes continus conformément à l’art. 14. Dans le premier cas, la Loi exigeait que l’embauche respecte un plan approuvé par le gouverneur en conseil si le traitement de l’employé dépassait 5 000\$. Dans le deuxième cas, par contre, l’art. 14 autorisait l’Office national du film à embaucher des personnes sans formalité. À cet égard, l’Office national du film était dans la même situation que tout autre employeur. La question en litige était simplement de savoir si la conduite de l’Office national du film était compatible avec l’embauche de pigistes à titre d’entrepreneurs indépendants, une question qu’il fallait trancher en fonction de la relation de fait. Le juge *Le Dain* (plus tard juge puîné de notre Cour), s’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, a pris soin de dire que la Commission des relations de travail dans la Fonction publique ne pouvait pas conclure qu’une personne qui ne s’était pas conformée aux conditions préalables de l’art. 13 était quand même un employé occupant un poste continu. Il dit (à la p. 353):

Le paragraphe 13(5) prévoit qu’une personne nommée à un poste continu à l’Office national du film doit prêter un serment d’office et de discrétion selon une formule spécifique. Une personne qui serait, d’autre part liée à l’Office en qualité d’employée ne pourrait, à mon avis, être considérée comme occupant un poste continu au sens de l’article 13 à moins que les conditions de cet article n’aient été remplies.

... Une personne considérée comme un employé de l’Office selon les critères généraux permettant de distinguer un employé d’un entrepreneur indépendant, doit être réputée, à mon avis, occuper un poste au sens de l’article 14. L’emploi d’une personne dans un poste autre qu’un poste continu n’est soumis à aucune formalité spéciale. [Je souligne.]

Cet arrêt n’affirme pas que la Commission peut considérer des personnes comme des membres de la Fonction publique au mépris des formalités légales,

basis of conduct which falls short of meeting the statutory prerequisites.

In *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489, the issue was whether the creation of the position of “dog handler” amounted to the creation of a new position, requiring an appointment based on selection according to merit in accordance with the *Employment Act*, or whether it was merely the assignment of an additional function to the existing position of customs inspector. On appeal, this Court held that it was an appointment to a new position that had not been based on selection according to merit and revoked the appointments. Le Dain J. of this Court summarized the steps involved in the creation of a position and the appointment of a person to it. He wrote (at pp. 500-501):

... I conclude that the steps may be summarized as follows: 1. The Minister or deputy head of a Department, in the exercise of his management authority, determines what positions are required in the Department and determines the qualifications for appointment to them; 2. Financial approval for a position must be obtained from the Treasury Board, which has authority under s. 7 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, to classify positions in the Public Service for remuneration and other purposes; 3. The deputy head makes a request to the Public Service Commission to make the necessary appointment or makes the appointment himself under a delegation of authority; and 4. The appointment is made pursuant to the particular selection process required by the *Public Service Employment Act and Regulations*, the relevant provisions of which have been quoted above. The important point, for purposes of the issue in this appeal, is that it is the Minister or deputy head who creates a position and determines the qualifications for appointment to it, and that, subject to the necessary approval from the Treasury Board, this act does not call for any particular formality or expression. It is an administrative decision which identifies particular functions to be performed and defines the qualifications required for performing them. [Emphasis added.]

Le Dain J.'s statement that “this act does not call for any particular formality or expression” does not, in my reading of the passage, intend to displace the requisite steps of the appointment process which he has outlined, but refers to the creation of the position

en raison d'une conduite qui ne satisfait pas aux conditions légales préalables.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489, il s'agissait de déterminer si la création d'un poste de «maître-chien» équivalait à la création d'un nouveau poste, qui exigeait une nomination fondée sur une sélection établie au mérite conformément à la *Loi sur l'emploi*, ou s'il s'agissait simplement de l'affectation à une fonction additionnelle du poste déjà existant d'inspecteur des douanes. En appel, notre Cour a statué qu'il s'agissait d'une nomination à un nouveau poste qui n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite et elle a annulé les nominations. Le juge Le Dain de notre Cour résume ainsi les étapes de la création d'un poste et de la nomination d'une personne à ce poste. Il affirme (aux pp. 500 et 501):

... je conclus que ces étapes peuvent être ainsi résumées: 1. Le Ministre ou le sous-chef du Ministère, dans l'exercice de son pouvoir de gestion, détermine les postes qui sont nécessaires dans le Ministère et les qualifications requises pour y être nommé; 2. L'approbation financière d'un poste doit être obtenue du Conseil du Trésor qui, en vertu de l'art. 7 de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, a le pouvoir de classer les postes de la Fonction publique aux fins notamment de la rémunération; 3. Le sous-chef demande alors à la Commission de la Fonction publique de faire la nomination qui s'impose ou il fait lui-même cette nomination en vertu d'une délégation de pouvoir; et 4. Cette nomination est faite conformément à la méthode de sélection particulière requise par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et par son règlement d'application, dont les dispositions pertinentes ont été citées précédemment. Ce qui importe, pour les fins du point en litige en l'espèce, c'est que c'est le Ministre ou le sous-chef qui crée un poste et détermine les qualifications requises pour y être nommé, et que, sous réserve de l'approbation nécessaire du Conseil du Trésor, cet acte n'exige aucune formalité ni expression particulière. C'est une décision administrative qui décrit les fonctions particulières à remplir et qui définit les qualifications requises pour les exercer. [Je souligne.]

L'affirmation du juge Le Dain que «cet acte n'exige aucune formalité ni expression particulière» n'a pas pour but, selon mon interprétation de ce passage, d'écarter les étapes nécessaires du processus de nomination qu'il a exposé, mais se rapporte à la créa-

by the Minister or deputy head. The persons in question were already Government employees within the meaning of the *Staff Relations Act* and had been properly appointed as public servants according to the careful procedure laid down by the legislator and as described above by Le Dain J. In this respect, the appointment to the status of a public servant was not in issue, nor did the Court address the scope of s. 33 of the *Staff Relations Act* which is the issue in this case.

Similarly, in *Doré v. Canada, supra*, the question raised was whether the assignment of a public servant to different functions, pending classification of a new position for such functions, is an appointment to a new position within the meaning of the *Employment Act*. The decision of the Court, delivered by Le Dain J., was released concurrently with that in *Brault*. Le Dain J. expressed the following view (at pp. 509-10):

For the reasons given in that appeal [*Brault*], the issue in the present appeal cannot, in my respectful opinion, turn on whether the Department intended to create a position and to make an appointment within the meaning of the *Public Service Employment Act*. There must, of course, be an intended identification and definition of functions to be performed and an intended assignment of a person to perform them, but, as I said in the *Brault* appeal, the application of the merit principle and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act* cannot depend on whether the Department chooses to regard what is done as the creation of a position and an appointment to it within the meaning of the Act.

I fail to see how the application of this case may be extended so as to give the Board in the case at bar the authority to decide that persons hired by a private contract fall within the definition of "employee" in the *Staff Relations Act* notwithstanding that they have not been appointed as public servants in accordance with the established statutory requirements. In my view, there is nothing in the words of Le Dain J. to indicate that the Board can disregard statutory process for entering the Public Service.

tion du poste par le Ministre ou le sous-chef. Les personnes en cause étaient déjà des employés du gouvernement au sens de la *Loi sur les relations de travail* et avaient régulièrement été nommées fonctionnaires conformément à la procédure soigneusement établie par le législateur et décrite plus haut par le juge Le Dain. À cet égard, la nomination au statut de fonctionnaire n'était pas en cause et notre Cour n'a pas abordé non plus la portée de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail* qui est en litige ici.

De même, dans l'arrêt *Doré c. Canada*, précité, la question soulevée était de savoir si l'affectation d'un fonctionnaire à des fonctions différentes, en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions, constituait une nomination à un nouveau poste au sens de la *Loi sur l'emploi*. L'arrêt de notre Cour, rédigé par le juge Le Dain, a été rendu concurremment avec l'arrêt *Brault*. Le juge Le Dain exprime le point de vue suivant (aux pp. 509 et 510):

Pour les motifs exposés dans cet arrêt [l'arrêt *Brault*], la question soulevée en l'espèce ne peut, à mon humble avis, dépendre de la question de savoir si le Ministère avait l'intention de créer un poste et d'effectuer une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Évidemment, il doit y avoir une intention d'identifier et de définir les fonctions à exécuter et une intention d'affecter une personne pour les exécuter, mais comme je l'ai dit dans l'arrêt *Brault*, l'application du principe du mérite et le droit d'appel que prévoit l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peuvent dépendre de la question de savoir si le Ministère choisit de considérer ce qui a été fait comme la création d'un poste et une nomination à celui-ci au sens de la Loi.

Je ne vois pas comment on peut étendre l'application de cet arrêt de manière à conférer à la Commission dans la présente affaire la compétence pour décider qu'une personne engagée en vertu d'un contrat privé relève de la définition d'«employé» que l'on trouve dans la *Loi sur les relations de travail*, même si elle n'a pas été nommée fonctionnaire conformément aux exigences légales établies. À mon avis, il n'y a rien dans les propos du juge Le Dain qui indique que la Commission peut faire fi du processus légal d'accession à la Fonction publique.

The case which is of the greatest assistance in this appeal is the decision of Hugessen J.A. in *Canada Post Corp. v. C.U.P.W.*, [1989] 1 F.C. 176. In *Canada Post*, the Federal Court of Appeal found the Canada Labour Relations Board to have erred in law in deciding that rural mail couriers under an employment contract with Canada Post Corporation are “employees” within s. 107(1) of the *Canada Labour Code*. In the view of the Court, this decision was contrary to s. 13(6) of the *Canada Post Corporation Act*, which expressly deemed the carriers to be independent contractors. Hugessen J.A. reasoned (at pp. 187-88 and 189):

Aware, as I must be, of the injunction not to be too alert to brand as jurisdictional that which is doubtfully so (see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation . . .*), I am nonetheless of the view that Parliament’s intention in enacting subsection 13(6) was to define and limit the jurisdiction of the Board. It is, in other words, a provision which the Board must interpret correctly if it is to escape judicial review.

. . .

While the Board has the undoubted power and jurisdiction to declare who is or is not an employee, that power is circumscribed here.

### 5. Disposition

For the foregoing reasons I agree with the majority of the Federal Court of Appeal and would therefore dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—At issue in this appeal is whether the Public Service Staff Relations Board (the “Board”) had jurisdiction to determine whether the teachers working in a penitentiary pursuant to a government contract with Econosult Inc. (“Econosult”) formed part of a bargaining unit known as the Educa-

La décision la plus utile en l’espèce est celle du juge Hugessen dans l’affaire *Société canadienne des postes c. S.P.C.*, [1989] 1 C.F. 176. Dans l’arrêt *Société canadienne des postes*, la Cour d’appel fédérale a conclu que le Conseil canadien des relations du travail avait commis une erreur de droit en statuant que les facteurs ruraux qui avaient des contrats d’emploi avec la Société canadienne des postes étaient des «employés» au sens du par. 107(1) de *Code canadien du travail*. De l’avis de la cour, cette décision était contraire au par. 13(6) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, qui définit précisément les entrepreneurs postaux comme des entrepreneurs indépendants. Voici le raisonnement du juge Hugessen (aux pp. 187, 188 et 189):

Conscient, ainsi que je dois l’être, de la règle qui est d’éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence lorsqu’il existe un doute à cet égard (voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick . . .*), j’estime néanmoins que, par le paragraphe 13(6), le législateur visait à définir et à limiter la compétence du Conseil. Autrement dit, c’est là une disposition que le Conseil doit interpréter de façon appropriée s’il veut se soustraire au contrôle judiciaire.

. . .

Le Conseil est indubitablement habilité à déclarer qui est ou n’est pas un employé, mais ce pouvoir est circonscrit en l’espèce.

### 5. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’accord avec la Cour d’appel fédérale à la majorité, et je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—La question qui est soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (la «Commission») était compétente pour déterminer si les enseignants travaillant dans un pénitencier, conformément à un contrat du gouvernement conclu avec Econosult Inc. («Econosult»), faisaient partie d’une unité de négociation connue sous le nom de groupe de l’enseignement et étaient par consé-

tional Group and were therefore Government employees for the purposes of collective bargaining.

### Factual Background

In 1971, the Solicitor General for Canada set up educational programs for the inmates of federal penitentiaries. Through the co-operation of various school boards, colleges and universities, these educational programs would be recognized as accredited courses. At the outset, the teachers engaged by the Solicitor General to instruct in the penitentiaries became part of his own staff. They were classified as civil servants employed by the Treasury Board pursuant to the provisions of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32 (*“Employment Act”*). These teachers formed part of a bargaining unit known as the Educational Group.

In 1984, the Solicitor General put forward a new policy. It was decided that, in the future, agencies in the private sector rather than teachers on his own staff would be used to provide teaching services for the program. A memorandum from the Commissioner of Correctional Services Canada sets forth the way in which this new policy was to be implemented. It reads:

### Education by Contracts or Privatization of Education

#### Introduction

Since 1971, in the “academic” sector primarily, the CSC offers accredited academic programs to the inmates in its care through contracted agreements with a School Board, a College, a University or a private agency. In the “vocational” (trade) sector the CSC has occasionally or exceptionally had resource [*sic*] to a similar contracted arrangement. It is my intention to pursue and to accelerate the process of privatization of education, in both the academic and vocational (trade) sectors.

While ensuring at all times the high quality of our educational programs and the security of staff and inmates, there must no longer be any doubt as to the intentions of the policy requiring that the education of our inmates be

quent des employés du gouvernement aux fins de la négociation collective.

### Les faits

a

En 1971, le solliciteur général du Canada a mis sur pied des programmes de formation pour les détenus des pénitenciers fédéraux. Grâce au concours de divers conseils ou commissions scolaires, collèges et universités, ces programmes de formation devaient être reconnus comme des cours accrédités. Au début, les enseignants engagés par le Solliciteur général pour enseigner dans les pénitenciers faisaient partie de son propre personnel. Ils étaient classés comme des fonctionnaires au service du Conseil du Trésor, conformément aux dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32 (*«Loi sur l'emploi»*). Ces enseignants faisaient partie d'une unité de négociation connue sous le nom de groupe de l'enseignement.

b

c

d

e

f

En 1984, le Solliciteur général a présenté une nouvelle politique. Il décida qu'à l'avenir on aurait recours, pour les services pédagogiques du programme, à des agences du secteur privé, plutôt qu'à des enseignants faisant partie de son propre personnel. Une note de service du Commissaire du Service correctionnel Canada indique de quelle manière cette nouvelle politique devait être mise en œuvre. En voici le texte:

### Programme de formation par contrat ou «privatisation»

g

#### Préambule

h

i

Depuis 1971, au secteur «académique» principalement, le S.C.C. offre des programmes de formation accréditée aux détenu(e)s à notre charge par moyen de contrat avec une Commission scolaire, un Collège, une Université ou un organisme privé. Au secteur «professionnel» (métier) le S.C.C. n'a eu recours au contrat avec une agence extérieure qu'occasionnellement ou qu'exceptionnellement. C'est mon intention de poursuivre et d'accélérer le processus de «privatisation» de nos programmes d'éducation, aux deux secteurs de formation, académique et professionnelle (métier).

j

Tout en assurant en tout temps la haute qualité de nos programmes de formation ainsi que la sécurité du personnel et des détenu(e)s à notre charge, il ne doit plus y avoir de doutes quant aux intentions de cette politique

through teachers from Boards of Education, Colleges and Universities.

voulant que la formation de nos détenu(e)s soit réalisée par des enseignant(e)s de Commissions scolaires, Collèges et Universités à contrats.

Replacement of CSC teachers as vacancies occur shall be carried out on a contractual agreement basis. The hiring of services for the teaching of new and existing educational programs must also be implemented in both academic and vocational (trade) sectors.

<sup>a</sup> Le recours à des contractuels est obligatoire lorsqu'une vacance de professeur se crée au sein des établissements. L'engagement de telles personnes qualifiées pour l'enseignement de nouveaux programmes ou pour la poursuite de programmes existants doit s'appliquer à toutes les sphères d'activités relevant aussi bien du secteur académique que du secteur professionnel (métier).

On May 16, 1985, Supply and Services Canada entered into a contract with Seradep Inc. ("Seradep") to supply teachers and a librarian to carry out precisely defined duties in the provision of vocational instruction at the Cowansville Penitentiary in the province of Quebec. Although these persons were to be placed under the control of a supervisor employed by Seradep, it was a member of the correctional service who was to monitor the quality of instruction. Seradep was to bill the Government on an hourly basis. When the original contract expired in July 1987, a similar contract was entered into with Econosult (the mis en cause).

<sup>c</sup> Le 16 mai 1985, Approvisionnement et Services Canada a conclu un contrat avec Seradep Inc. («Seradep») en vue d'obtenir les services d'enseignants et d'un(e) bibliothécaire qui auraient des tâches précises à remplir en matière de formation professionnelle au pénitencier de Cowansville dans la province de Québec. Même si ces personnes devaient être placées sous la direction d'un surveillant employé par Seradep, c'était à un membre du Service correctionnel qu'il incombait de vérifier la qualité de l'enseignement. Seradep devait facturer le gouvernement sur une base horaire. Lorsque le contrat initial a pris fin en juillet 1987, un contrat semblable a été conclu avec Econosult (la mise en cause).

The appellant, Public Service Alliance of Canada ("P.S.A.C."), is the certified bargaining agent representing all employees of the Treasury Board who are members of the Educational Group. On February 12, 1987, while the first contract was still in effect, the appellant filed an application with the Board seeking a declaration that all teaching employees at the Cowansville Penitentiary, including those ostensibly employed by Seradep were, in reality, employees of the Federal Government for collective bargaining purposes. Further, it sought a ruling that these teachers were members of the Educational Group and therefore P.S.A.C. was their certified bargaining agent. The application was based upon ss. 33 and 98 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35 ("*Staff Relations Act*").

<sup>f</sup> L'appelante, l'Alliance de la Fonction publique du Canada («A.F.P.C.») est l'agent négociateur accrédité qui représente tous les employés du Conseil du Trésor, membres du groupe de l'enseignement. Le 12 février 1987, alors que le premier contrat était toujours en vigueur, l'appelante a présenté à la Commission une demande visant à obtenir une déclaration que tous les employés enseignant au pénitencier de Cowansville, y compris ceux qui, de toute évidence, étaient au service de Seradep, étaient, en réalité, des employés du gouvernement fédéral aux fins de la négociation collective. En outre, elle a demandé une décision que ces enseignants étaient des membres du groupe de l'enseignement et, par conséquent, que l'A.F.P.C. était leur agent négociateur accrédité. La demande était fondée sur les art. 33 et 98 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-35 («*Loi sur les relations de travail*»).

The Decision of the Board

The Board determined that the essential question that it had to answer was whether the teachers working in the penitentiary in accordance with the contract with Econosult were members of the Educational Group bargaining unit and, as a result, Government employees. In considering that question, the Board very carefully analyzed the evidence which had been presented to it during the course of a lengthy hearing. It reviewed in detail the nature of the relationship which existed between the teachers employed by Econosult and the representative of Correctional Services who was monitoring the quality of their instruction and, as well, reviewed the relationship between the teachers employed by Econosult and the other teachers who were members of the Department's staff.

With the review completed, the Board applied what it considered to be the appropriate criteria for determining whether an employer/employee relationship existed between the Solicitor General and the teachers employed pursuant to the contract with Econosult. The criteria were the same as those utilized by other labour tribunals in deciding whether such a relationship existed. The Board in its reasons stressed that it was necessary to reject form and consider the substance of the relationship. It was concluded that a true employer/employee relationship existed between the Solicitor General and the teachers supplied by Econosult in spite of the existence of the contract. The Board granted the declaration sought by P.S.A.C. and in its reasons it stated:

Regardless of what the contract between Econosult Inc. and the Government of Canada says, Econosult Inc., in my opinion, plays a rather marginal role in the working life of the contract workers. It is a contract under which Econosult Inc. must supply manpower, in the form of six (or eight) teachers and a supervisor of education. Once in place, that team is, for the most part, directed and co-ordinated in the execution of its duties by authorities at Correctional Service Canada. There are no other contractual obligations on the part of Econosult Inc. towards the Government of Canada. Even with respect to its two main responsibilities, recruitment of

La décision de la Commission

La Commission a décidé que la question essentielle à laquelle elle devait répondre était de savoir si les enseignants qui travaillaient au pénitencier, conformément au contrat conclu avec Econosult, étaient membres de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement et, par conséquent, des employés du gouvernement. Dans l'examen de cette question, la Commission a très soigneusement analysé les éléments de preuve qui lui avaient été présentés au cours d'une longue audition. Elle a examiné en détail la nature de la relation qui existait entre les enseignants d'Econosult et le représentant du Service correctionnel qui vérifiait la qualité de leur enseignement, et a également examiné la relation qui existait entre les enseignants d'Econosult et les autres enseignants qui étaient membres du personnel du Ministère.

Après que l'examen eut été terminé, la Commission a appliqué ce qu'elle considérait comme les critères appropriés pour déterminer s'il existait une relation employeur-employé entre le Solliciteur général et les enseignants employés conformément au contrat conclu avec Econosult. Les critères étaient les mêmes que ceux utilisés par d'autres tribunaux du travail pour décider s'il existait une telle relation. La Commission a souligné, dans ses motifs, qu'il était nécessaire de rejeter la forme et d'examiner le contenu de la relation. Elle a conclu qu'il existait une véritable relation employeur-employé entre le Solliciteur général et les enseignants fournis par Econosult malgré l'existence du contrat. La Commission a accordé la déclaration demandée par l'A.F.P.C. et a dit, dans ses motifs:

Quoi qu'en dise le contrat entre Econosult Inc. et le gouvernement du Canada, Econosult Inc., à mon avis, joue un rôle plutôt marginal dans la vie de travail des contractuels. Il s'agit d'un contrat selon lequel Econosult Inc. doit fournir de la main-d'œuvre, sous la forme de six (ou huit) enseignants et un superviseur pédagogique. Une fois sur place, cette équipe est largement gérée et coordonnée dans l'exécution de ses tâches par les responsables du Service correctionnel du Canada. Il n'y a pas d'autres obligations contractuelles de la part d'Econosult Inc. envers le gouvernement du Canada. Même pour ce qui est de ses deux responsabilités princi-

contract workers and their compensation, I would characterize the role of Econosult Inc. as marginal.

The respondent appealed the decision of the Board to the Federal Court of Appeal, pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

#### The Federal Court of Appeal

The majority rejected the careful findings of the Board, allowed the appeal and quashed the decision of the Board: [1989] 2 F.C. 633.

It was of fundamental importance for the majority that the Seradep and Econosult teachers were not nominated by the Public Service Commission. It was their view that the employer's role of recruiting and controlling employees had been transferred to a private company.

The majority decided that the Board did not have the jurisdiction to decide who was an employee of the Public Service. Rather, the Board's authority applied only to public servants recognized as such by legislation other than its enabling statute and by the authority of a body other than itself. The majority held that the jurisdiction of the Board was restricted to the determination of occupational groups and categories for certification purposes and to deciding whether a public servant belonged to a certified bargaining unit.

Hugessen J.A. differed from the majority and would have dismissed the appeal. He found that the Board had jurisdiction to determine who were employees pursuant to the provisions of the *Staff Relations Act*. He based this conclusion upon a reading of the *Staff Relations Act* as a whole. As well, he found support for his position in the reasons given in *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 346.

pales, soit le recrutement des contractuels et leur rémunération, je qualifierais le rôle d'Econosult Inc. de marginal.

L'intimée a interjeté appel contre la décision de la Commission devant la Cour d'appel fédérale, conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10.

#### La Cour d'appel fédérale

La Cour, à la majorité, a rejeté les conclusions soignées de la Commission, a accueilli l'appel et a annulé la décision de la Commission: [1989] 2 C.F. 633.

Les juges de la majorité ont accordé une importance fondamentale au fait que les enseignants de Seradep et d'Econosult n'avaient pas été nommés par la Commission de la Fonction publique. Ils étaient d'avis que le rôle de l'employeur qui consiste à recruter et à surveiller les employés avait été transféré à une société privée.

Les juges formant la majorité ont conclu que la Commission n'était pas compétente pour décider qui était un employé de la Fonction publique. Plus exactement, l'autorité de la Commission ne s'appliquait qu'aux fonctionnaires reconnus comme tels par une loi autre que sa loi habilitante et par un organisme autre qu'elle-même. Les juges formant la majorité ont conclu que la compétence de la Commission était limitée à établir, pour fins d'accréditation, les groupes de professions et les catégories professionnelles, et à décider si un fonctionnaire appartenait à une unité de négociation accréditée.

Le juge Hugessen a exprimé un avis différent de celui de la majorité et aurait rejeté l'appel. Il a conclu que la Commission était compétente pour déterminer qui était un employé aux termes des dispositions de la *Loi sur les relations de travail*. Il a fondé sa conclusion sur une interprétation de la *Loi sur les relations de travail* dans son ensemble. De même, il s'est également appuyé sur les motifs exposés dans l'affaire *Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 346.



He concluded that there was no error of law made by the Board which would justify intervention by the Court, since the Board had understood the nature of the task it was required to perform and had applied the proper principles and considerations in reaching its decision. In his opinion, the fact that the Econosult teachers had not been hired in accordance with the process outlined in the *Employment Act*, could not affect the result. He found that the provisions of the *Employment Act* did not preclude a person from being an employee of the Federal Government and having that relationship regulated by the *Staff Relations Act*. He relied upon the decision in *Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503, for the proposition that, in the public sector as in the private, the decision as to what constitutes the creation of a position and the appointment to a position must be reached by means of an objective appraisal of the facts of each case and not simply by accepting the intention of the employer, whether private or Government, as determinative. Applying that principle, he found that the Econosult teachers were employees of the Federal Government for the purposes of collective bargaining.

#### Approach Taken by Courts of Other Jurisdictions to Decisions of Administrative Tribunals

In order to place the issue in its proper historical context, it may be helpful to consider, first, the approach taken in the United Kingdom; second, the views expressed in the United States, and finally to review the position that has been taken by this Court.

##### *The United Kingdom*

In *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, the House of Lords set forth a definition of jurisdictional error that was so broad as to include any question involving the interpretation of a statute. It was held that an error made by a tribunal in the interpretation of its empowering statute would be the basis for a court to overturn its decision on the ground that it had committed a jurisdictional error.

Lord Reid took the position that jurisdiction meant only that a tribunal be entitled to enter upon the

Il a conclu que la Commission n'avait commis aucune erreur de droit qui justifierait l'intervention de la cour, étant donné que la Commission avait saisi la nature de la tâche qu'elle avait à accomplir et avait appliqué les bons principes et les bonnes considérations pour arriver à sa décision. À son avis, le fait que les enseignants d'Econosult n'avaient pas été engagés conformément au processus exposé dans la *Loi sur l'emploi*, ne pouvait modifier le résultat. Il a conclu que les dispositions de la *Loi sur l'emploi* n'empêchaient pas une personne d'être un employé du gouvernement fédéral et n'empêchaient pas non plus que cette relation soit réglementée par la *Loi sur les relations de travail*. Il a invoqué l'arrêt *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, à l'appui de l'argument selon lequel, tant dans le secteur public que dans le secteur privé, on doit décider ce qui constitue la création d'un poste et la nomination à un poste en procédant à une évaluation objective des faits de chaque cas et non simplement en reconnaissant comme décisive l'intention de l'employeur privé ou gouvernemental. Appliquant ce principe, il a conclu que les enseignants d'Econosult étaient des employés du gouvernement fédéral aux fins de la négociation collective.

#### Position adoptée par les tribunaux d'autres ressorts à l'égard des décisions de tribunaux administratifs

Afin de situer la question dans son contexte historique, il peut être utile d'examiner, d'abord, la position adoptée au Royaume-Uni, ensuite, les opinions exprimées aux États-Unis et, finalement, d'examiner la position que notre Cour a adoptée.

##### *Le Royaume-Uni*

Dans l'arrêt *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, la Chambre des lords a établi une définition de l'erreur juridictionnelle ou erreur de compétence qui était tellement générale qu'elle comprenait toute question comportant l'interprétation d'une loi. On a jugé qu'une erreur commise par un tribunal administratif dans l'interprétation de sa loi habilitante justifierait une cour de renverser sa décision pour le motif qu'il a commis une erreur juridictionnelle.

Lord Reid a adopté la position selon laquelle la compétence signifiait seulement qu'un tribunal était

inquiry. Nevertheless, he indicated that even if a tribunal correctly began the inquiry there were several ways in which it could make an error that would render its decision a nullity. He gave, as examples, the misconstruction by a tribunal of its enabling statute so that the tribunal failed to deal with the question remitted to it, the tribunal's failure to take into account relevant considerations, or the tribunal posing the wrong questions for determination. Any of these errors would be, in his opinion, sufficient to render a tribunal's decision a nullity.

Lord Pearce and Lord Wilberforce came to a similar conclusion. In their view, since an administrative tribunal necessarily has a limited authority, the court's role on a review of its decision is to make certain that the tribunal has kept within the field allotted to it. It is for the courts to determine the true construction of a statute delineating a tribunal's jurisdiction.

There can be no doubt that this decision significantly broadened the scope of judicial review of the decisions of administrative tribunals. Indeed, in the opinion of some legal writers, the result of the decision is that a court can always characterize an alleged error as jurisdictional by finding that it resulted from the tribunal asking the wrong question or having taken into account irrelevant considerations. See, for example, Craig in *Administrative Law* (2nd ed. 1989), at p. 259. Clearly, the reasoning in *Anis-minic* would lead to the conclusion that the more complex an administrative tribunal's enabling legislation, the more readily a court can overturn its decision on the grounds that it committed a jurisdictional error.

In *Re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374 (H.L.), Lord Diplock seemed to go so far as to equate the concept of jurisdictional error with that of error of law. He wrote at pp. 382-83:

[W]here Parliament confers on an administrative tribunal or authority, as distinct from a court of law, power to decide particular questions defined by the Act conferring the power, Parliament intends to confine that power

autorisé à mener une enquête. Néanmoins, il a indiqué que, même si un tribunal commençait correctement l'enquête, il pouvait commettre de plusieurs manières une erreur qui rendrait nulle sa décision. À titre d'exemples, il a mentionné l'interprétation erronée par un tribunal de sa loi habilitante de sorte qu'il n'a pas traité la question qui lui avait été soumise, l'omission par le tribunal de tenir compte de considérations pertinentes ou le fait que le tribunal pose les mauvaises questions pour rendre sa décision. À son avis, n'importe laquelle de ces erreurs serait suffisante pour rendre nulle la décision d'un tribunal.

Lord Pearce et lord Wilberforce sont arrivés à une conclusion semblable. À leur avis, étant donné qu'un tribunal administratif jouit nécessairement d'un pouvoir limité, le rôle de la cour lorsqu'elle examine la décision de celui-ci est de s'assurer que le tribunal ne s'est pas écarté du cadre de compétence qui lui avait été attribuée. Il incombe aux cours de déterminer la véritable interprétation d'une loi délimitant la compétence d'un tribunal.

Il n'y a aucun doute que cette décision a élargi sensiblement la portée du contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs. En fait, de l'avis de certains auteurs, la décision a pour résultat qu'une cour peut toujours qualifier de juridictionnelle une erreur alléguée, en concluant qu'elle résulte de ce que le tribunal a posé la mauvaise question ou a tenu compte de considérations non pertinentes. Voir, par exemple, Craig, dans *Administrative Law* (2<sup>e</sup> éd. 1989), à la p. 259. De toute évidence, le raisonnement de l'arrêt *Anisminic*, précité, amènerait à conclure que plus la loi habilitante d'un tribunal administratif est complexe, plus volontiers une cour peut renverser la décision de celui-ci pour le motif qu'il a commis une erreur juridictionnelle.

Dans l'arrêt *Re Racal Communications Ltd.*, [1981] A.C. 374 (H.L.), lord Diplock a semblé aller jusqu'à assimiler le concept de l'erreur juridictionnelle à celui de l'erreur de droit. Il dit, aux pp. 382 et 383:

[TRADUCTION] [L]orsque le Parlement confère à un tribunal ou organisme administratif, distinct d'un tribunal judiciaire, le pouvoir de décider de certaines questions définies par la loi habilitante, le Parlement a l'intention

to answering the question as it has been so defined: and if there has been any doubt as to what that question is, this is a matter for courts of law to resolve in fulfilment of their constitutional role as interpreters of the written law and expounders of the common law and rules of equity. So if the administrative tribunal or authority have asked themselves the wrong question and answered that, they have done something that the Act does not empower them to do and their decision is a nullity. . . . The break-through made by *Anisminic* [1969] 2 A.C. 147 was that, as respects administrative tribunals and authorities, the old distinction between errors of law that went to jurisdiction and errors of law that did not, was for practical purposes abolished. Any error of law that could be shown to have been made by them in the course of reaching their decision on matters of fact or of administrative policy would result in their having asked themselves the wrong question with the result that the decision they reached would be a nullity.

Similar reasoning was set forth by Lord Diplock in *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 A.C. 237 (H.L.), at p. 278.

The traditional British approach, which might be described as interventionist, is said to flow from British constitutional principles. This position was put forward by Schwartz and Wade in *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States* (1972) in this way at p. 205:

British judges are acutely conscious of the fact that they are at the mercy of a sovereign Parliament, which can quickly clip their wings if they fly too high. By instinct they keep close to solid legal ground.

The concept was described in these words, by Craig, *op. cit.*, at pp. 5-6:

It is readily apparent that the execution of legislation may in fact require the grant of discretionary power to a minister or agency. Parliament may not be able to foresee all eventualities and flexibility may be required to implement the legislation. The legislature will of necessity grant power subject to conditions . . . . Herein lies the modern conceptual justification for judicial intervention. It was designed to ensure that the sovereign will of parliament was not transgressed by those to whom such grants of power were made. If authority had been delegated to a minister to perform certain tasks on certain

de limiter ce pouvoir à celui de répondre à la question qui a été ainsi définie: et si un doute a été soulevé quant à la nature de cette question, il incombe aux tribunaux judiciaires de régler cette question de façon à remplir leur rôle constitutionnel d'interprètes du droit écrit, de la common law et des règles d'*equity*. Donc si le tribunal ou l'organisme administratif s'est posé lui-même la mauvaise question et y a répondu, il a fait quelque chose que la loi ne lui permet pas de faire et sa décision est nulle [. . .] La nouveauté apportée par l'arrêt *Anisminic*, [1969] 2 A.C. 147, était que, en ce qui a trait aux tribunaux et organismes administratifs, l'ancienne distinction entre les erreurs de droit qui touchaient à la compétence et celles qui n'y touchaient pas, a été, à toutes fins pratiques, abolie. Toute erreur de droit dont on peut démontrer que les tribunaux l'ont commise en prenant une décision sur des questions de fait ou de politique administrative aurait pour résultat qu'ils se sont posé la mauvaise question, ce qui aurait pour effet que la décision à laquelle ils sont arrivés serait nulle.

Un raisonnement semblable a été formulé par lord Diplock dans l'arrêt *O'Reilly v. Mackman*, [1983] 2 A.C. 237 (H.L.), à la p. 278.

La position britannique traditionnelle, qui pourrait être décrite comme interventionniste, découle, dit-on, de principes constitutionnels britanniques. Cette position a été énoncée par Schwartz et Wade, dans *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States* (1972), de la manière suivante, à la p. 205:

[TRADUCTION] Les juges britanniques sont profondément conscients du fait qu'ils sont à la merci d'un Parlement souverain qui peut rapidement leur couper les ailes s'ils volent trop haut. Par instinct, ils se tiennent sur des bases juridiques solides.

Le concept a été décrit de la manière suivante par Craig, *op. cit.*, aux pp. 5 et 6:

[TRADUCTION] Il est facile de constater que l'application d'une loi peut en fait exiger l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire à un ministre ou à un organisme. Le Parlement peut ne pas être en mesure de prévoir toutes les éventualités et l'application de la loi peut exiger de la souplesse. Le législateur accordera nécessairement une compétence sous réserve de certaines conditions [. . .] D'où la justification conceptuelle moderne de l'intervention judiciaire. Elle était destinée à faire en sorte que la volonté souveraine du Parlement ne soit pas violée par ceux qui se sont vu attribuer une telle compé-

conditions, the courts' function was in the event of challenge, to check that only those tasks were performed and only where the conditions were present. For the courts not to have intervened would have been to accord a legislative power to the minister or agency by allowing them to "legislate" in areas not specified by the real legislature, parliament. The less well known face of sovereignty, that of parliamentary monopoly, thus demanded an institution to *police* the boundaries which parliament had stipulated.

tence. Si on avait délégué à un ministre le pouvoir d'accomplir certaines tâches à certaines conditions, les fonctions de la cour étaient, en cas de contestation, de vérifier que seules ces tâches avaient été accomplies et seulement lorsque les conditions étaient présentes. Une absence d'intervention des tribunaux aurait accordé un pouvoir législatif au ministre ou à l'organisme en leur permettant de «légiférer» dans des domaines qui n'étaient pas précisés par le véritable législateur, le Parlement. Le côté moins bien connu de la souveraineté, celui du monopole parlementaire, exige ainsi d'une institution qu'elle *surveille* les limites que le Parlement a prescrites.

The flexibility inherent in the idea of legislative intent preserved the veneer that the courts were simply applying the legislative mandate when controlling "inferior" jurisdictions. Dicey's rule of law added respectability to this exercise of power by entrenching the idea that it was natural, right and a matter of constitutional principle that the ordinary courts should be supreme and that the ordinary law should be all pervasive.

La souplesse inhérente dans l'idée de l'intention du législateur a préservé l'image que les cours exerçaient simplement le mandat législatif lorsqu'elles contrôlaient des tribunaux «inférieurs». La règle de droit de Dicey a ajouté de la respectabilité à cet exercice de pouvoir en consacrant l'idée qu'il était naturel, juste et conforme à un principe constitutionnel que les tribunaux judiciaires ordinaires devraient être souverains et que le droit ordinaire devrait toucher à tout.

#### *The Approach Taken in the United States*

In *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941), the U.S. Supreme Court held that a tribunal's interpretation or application of a statutory term should be upheld if it is reasonable even though the reviewing court might, in its own judgment, have construed the term differently. The Court put its position in this way at p. 411:

#### *La position adoptée aux États-Unis*

Dans l'arrêt *Gray v. Powell*, 314 U.S. 402 (1941), la Cour suprême des États-Unis a conclu que l'interprétation ou l'application par un tribunal d'une disposition législative devrait être maintenue si elle est raisonnable, même si la cour qui l'examine avait pu, selon son propre jugement, interpréter la disposition d'une manière différente. La Cour a énoncé sa position de la manière suivante, à la p. 411:

In a matter left specifically by Congress to the determination of an administrative body . . . the function of review placed upon the courts . . . is fully performed when they determine that there has been a fair hearing . . . and an application of the statute in a just and reasoned manner.

[TRADUCTION] Lorsque le Congrès a précisément laissé à un organisme administratif le soin de déterminer une question [. . .] la fonction de contrôle attribuée aux tribunaux judiciaires [. . .] est entièrement remplie lorsqu'ils déterminent qu'il y a eu une audience équitable [. . .] et que la loi a été appliquée d'une manière juste et raisonnée.

The same principle was enunciated in *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944), where the tribunal had to decide whether news boys were "employees". The tribunal determined that they were. The Court held that if the tribunal's findings of fact were supported in the record and its statutory interpretation had a reasona-

Le même principe a été énoncé dans l'arrêt *National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944), lorsque le tribunal administratif a eu à décider si des camelots étaient des «employés». Le tribunal a déterminé qu'ils l'étaient. La Cour a conclu que si les conclusions de fait du tribunal étaient appuyées dans le dossier et

ble basis in law, then its decision must be accepted. At page 130 it was stated:

It is not necessary in this case to make a completely definitive limitation around the term "employee". That task has been assigned primarily to the agency created by Congress to administer the Act. Determination . . . involves inquiries for the Board charged with this duty. Everyday experience in the administration of the statute gives it familiarity with the circumstances and backgrounds of employment relationships in various industries, with the abilities and needs of the workers for self-organization and collective action, and with the adaptability of collective bargaining for the peaceful settlement of their disputes with their employers.

This position of the Court was more recently confirmed in *Udall v. Tallman*, 380 U.S. 1 (1965). There, Warren C.J., delivering the opinion of the Court, held at p. 16:

When faced with a problem of statutory construction, this Court shows great deference to the interpretation given the statute by the officers or agency charged with its administration. "To sustain the Commission's application of this statutory term, we need not find that its construction is the only reasonable one, or even that it is the result we would have reached had the question arisen in the first instance in judicial proceedings." *Unemployment Comm'n v. Aragon*, 329 U. S. 143, 153. See also, e.g., *Gray v. Powell*, 314 U. S. 402; *Universal Battery Co. v. United States*, 281 U. S. 580, 583.

To summarize the American approach, if there is substantial evidence in the record upon which the tribunal could base its decision, and the resolution of questions of law and the statutory interpretation made by the tribunal are reasonable, its decision will be upheld. The American approach recognizes that legislators have determined that administrative tribunals play an important role in today's complex society. It acknowledges their expertise and pays judicial deference to their opinions. The position has been expressed with a clarity that makes it easy to apply in the most complex situations.

que son interprétation législative avait un fondement juridique raisonnable, alors sa décision devait être acceptée. À la page 130, on dit:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de restreindre complètement d'une manière définitive le terme «employé». Cette tâche a été attribuée principalement à l'organisme créé par le Congrès pour appliquer la loi. La décision [. . .] comporte des enquêtes menées par la Commission chargée de cette tâche [. . .] Une expérience quotidienne de l'application de la loi lui permet de se familiariser avec les circonstances et l'histoire des relations d'emploi dans divers secteurs, avec les capacités et les besoins des travailleurs en matière de formation d'un syndicat et d'action collective, ainsi qu'avec la possibilité d'adaptation de la négociation collective pour le règlement pacifique de leurs conflits avec leurs employeurs.

Cette position de la Cour a, plus récemment, été confirmée dans l'arrêt *Udall v. Tallman*, 380 U.S. 1 (1965). Dans cette affaire, le juge en chef Warren, qui a exprimé l'opinion de la Cour, conclut, à la p. 16:

[TRADUCTION] Lorsque notre Cour est aux prises avec un problème d'interprétation législative, elle manifeste beaucoup de retenue envers l'interprétation de la loi donnée par les fonctionnaires ou l'organisme chargés de son application. «Pour confirmer l'application par la Commission de cette disposition législative, nous n'avons pas à conclure que son interprétation est la seule raisonnable ni même que c'est le résultat auquel nous serions parvenus si la question avait été d'abord soulevée dans le cadre de procédures judiciaires.» *Unemployment Comm'n v. Aragon*, 329 U. S. 143, 153. Voir également, par exemple, *Gray v. Powell*, 314 U. S. 402; *Universal Battery Co. v. United States*, 281 U. S. 580, 583.

Pour résumer la position adoptée aux États-Unis, s'il existe une preuve importante dans le dossier sur laquelle le tribunal peut fonder sa décision et si la réponse aux questions de droit et l'interprétation législative donnée par le tribunal sont raisonnables, sa décision sera maintenue. La position américaine reconnaît que le législateur a déterminé que les tribunaux administratifs jouent un rôle important dans la société complexe actuelle. Elle reconnaît leur expertise et fait preuve de retenue judiciaire face à leurs opinions. La position a été exprimée d'une manière claire qui la rend facile à appliquer dans les situations les plus complexes.

Perhaps the ready acceptance of the decisions of administrative tribunals by American courts arises from their secure place in the United States' Constitution. The difference between the American and the British positions has been explained by Wade in his text, *Administrative Law* (6th ed. 1988), at pp. 298-99:

[The British Courts] addiction to the technicalities of jurisdictional review is not a mere aberration. It is the consequence of their constitutional position *vis-à-vis* a sovereign legislature: only by showing that they are obeying its commands can they justify their interventions. By one means or another, therefore, the doctrine of *ultra vires* must be stretched to cover the case. The courts of the United States, with their entrenched constitutional status, can afford to dispense with these subtleties. The position of British judges is fundamentally different.

#### *The Canadian Approach*

The Canadian approach must be reviewed in three stages. The first stage is composed of cases decided before *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("C.U.P.E."). The second involves a consideration of the C.U.P.E. decision. The third will be comprised of a review of the cases of this Court decided subsequent to C.U.P.E.

This task has been greatly simplified by the review of the pertinent cases and the academic writing pertaining to them undertaken with great clarity and skill by Wilson J. in her reasons in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324.

I am in complete agreement with the views she has expressed. In my view, courts should generally approach decisions of administrative tribunals with reasonable deference except in those situations where the tribunals' decisions involve an interpretation of *Charter* or constitutional rights.

L'acceptation prompte des décisions des tribunaux administratifs par les tribunaux américains découle peut-être de la place sûre qu'ils occupent dans la Constitution des États-Unis. La différence entre les positions américaines et britanniques a été expliquée par Wade dans son ouvrage, *Administrative Law* (6<sup>e</sup> éd. 1988), aux pp. 298 et 299:

[TRADUCTION] La dépendance [des tribunaux britanniques] aux formalités du contrôle en matière de compétence ne constitue pas une simple aberration. C'est la conséquence de leur position constitutionnelle vis-à-vis d'un parlement souverain: ils ne peuvent justifier leurs interventions que lorsqu'ils démontrent qu'ils obéissent à ses ordres. Par conséquent, d'une manière comme de l'autre, la théorie de l'*ultra vires* doit être élargie pour englober l'affaire. Les tribunaux des États-Unis, dont le statut est consacré dans la Constitution, peuvent se permettre de ne pas se soucier de ces subtilités. La position des juges britanniques est fondamentalement différente.

#### *La position canadienne*

La position canadienne doit être examinée en trois étapes. La première étape se compose des décisions antérieures à l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («S.C.F.P.»). La deuxième étape comporte un examen de l'arrêt S.C.F.P. La troisième consistera en un examen des arrêts de notre Cour postérieurs à l'arrêt S.C.F.P.

Cette tâche a été grandement simplifiée par l'examen de la jurisprudence pertinente et de la doctrine qui s'y rapporte qu'a fait avec beaucoup de précision et de compétence le juge Wilson dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324.

Je souscris entièrement aux opinions qu'elle a exprimées. À mon avis, les tribunaux devraient généralement aborder les décisions des tribunaux administratifs avec une retenue raisonnable sauf dans les cas où les décisions des tribunaux comportent une interprétation de la *Charte* ou de droits constitutionnels.

Pre-C.U.P.E. Cases

Three cases of this Court set out the pre-C.U.P.E. position. They are *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, and *Blanco v. Rental Commission*, [1980] 2 S.C.R. 827. All of these decisions relied upon the principle set out in *Anisminic, supra*. They all took the position that a definition of jurisdictional error should include any question pertaining to the interpretation of a statute made by an administrative tribunal. In each case, this Court substituted what was, in its opinion, the correct interpretation of the enabling provision of the tribunal's statute for that of the tribunal. These cases appear to expand, in a significant manner, a court's role upon an application for judicial review.

The C.U.P.E. Decision

In *C.U.P.E.*, the union laid a complaint with the Public Service Labour Relations Board ("P.S.L.R.B.") alleging that the employer was replacing striking employees with management personnel contrary to the provisions of the *Public Service Labour Relations Act*. That Act provided that during a strike "the employer shall not replace the striking employees or fill their position with any other employee". At issue was the P.S.L.R.B.'s jurisdiction to interpret the meaning of the term "other employee" in order to determine if it included management personnel. There was general agreement that this provision of the Act could be interpreted in two different ways.

Dickson J. (as he then was), writing for the Court, noted that the section in question was replete with ambiguity. He then set out with compelling force the rationale for protecting decisions of administrative tribunals which were made within their jurisdiction. He wrote at pp. 235-36:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour

Jurisprudence antérieure à l'arrêt S.C.F.P.

La position adoptée par notre Cour antérieurement à l'arrêt *S.C.F.P.* est énoncée dans trois arrêts. Il s'agit des arrêts *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, et *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827. Tous ces arrêts sont fondés sur le principe énoncé dans l'arrêt *Anisminic*, précité. Ils ont tous adopté la position qu'une définition de l'erreur juridictionnelle devrait comprendre toute question qui se rattache à l'interprétation d'une loi faite par un tribunal administratif. Dans chaque cas, notre Cour a substitué ce qui, à son avis, constituait la bonne interprétation des dispositions habilitantes de la loi constitutive du tribunal, à celle donnée par ce tribunal. Ces arrêts paraissent étendre, d'une manière importante, le rôle d'une cour de justice suite à une demande de contrôle judiciaire.

L'arrêt S.C.F.P.

Dans l'affaire *S.C.F.P.*, le syndicat s'est plaint à la Commission des relations de travail dans les services publics («C.R.T.S.P.») que l'employeur remplaçait des grévistes par des cadres, contrairement aux dispositions de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Cette loi prévoyait que durant une grève «l'employeur ne doit pas remplacer les grévistes ou attribuer leurs postes à d'autres employés». La question en litige portait sur la compétence qu'avait la C.R.T.S.P. pour interpréter le sens de l'expression «d'autres employés» afin de déterminer si elle comprenait les cadres. De manière générale, on convenait que cette disposition de la Loi pouvait être interprétée de deux manières différentes.

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour, a fait remarquer que la disposition en question regorgeait d'ambiguïtés. Il a ensuite énoncé avec force la raison de protéger les décisions des tribunaux administratifs qui ont été prises conformément à leur compétence. Il écrit, aux pp. 235 et 236:

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de tra-

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.

The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers—broader than those typically vested in a labour board—to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met.

He went on to stress that judicial restraint should be exercised in reviewing the P.S.L.R.B.'s interpretation of the words in issue, since an interpretation of the provision in question was a function that "would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board" (p. 236). From this, it followed that "not only would the Board not be required to be 'correct' in its interpretation but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause" (p. 236). He then defined the appropriate standard for judicial review in these words at p. 237:

Did the Board here so misinterpret the provisions 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.]

vail. 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.

Les raisons habituelles pour lesquelles les tribunaux évitent de réviser les décisions des commissions des relations de travail prennent encore plus de poids dans un cas comme celui-ci. Ce n'est pas simplement à un organisme administratif que le législateur a donné un pouvoir de décision, mais à un organisme spécial et distinct, une Commission des relations de travail dans les services publics. Elle a de larges pouvoirs—plus étendus que ceux normalement conférés à pareil organisme—afin de surveiller et d'administrer le tout nouveau système de négociation collective créé par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Cette loi établit un équilibre délicat entre le besoin de maintenir des services publics et le besoin de préserver la négociation collective. Pour atteindre ce double but, les membres de la Commission doivent donc faire preuve d'une grande sensibilité à ces questions et d'une habileté unique.

Il a ensuite souligné que les tribunaux devaient éviter de réviser l'interprétation donnée par la C.R.T.S.P. aux termes en cause puisqu'une interprétation de la disposition en question était une fonction dont «[l]ogiquement, il faut supposer [qu'elle . . .] est au cœur de la compétence spécialisée conférée à la Commission» (p. 236). Il en découle que «non seulement la Commission n'est-elle pas tenue de faire une interprétation «juste», mais encore a-t-elle le droit d'errer et pareille erreur ne sera pas susceptible de révision étant donné la protection offerte par la clause privative» (p. 236). Il a ensuite défini la norme applicable au contrôle judiciaire de la manière suivante, 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.]



The immediate effect of the *C.U.P.E.* decision has been charted by Wilson J. in her reasons in *National Corn Growers Assn.*, *supra*. Legal writers hailed the decision as setting out a “restricted and unified theory of judicial review”. The *C.U.P.E.* test of reasonableness was applied in situations where labour boards were protected by a privative clause in cases of consensual arbitrators, statutory arbitrators and, as well, to labour relations board decisions not protected by a privative clause. Generally, these cases preclude judicial interference with interpretations made by a board as long as they are not patently unreasonable. See *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College*, [1982] 1 S.C.R. 923; and *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at pp. 1003-4.

The principle adopted in *C.U.P.E.* reached its zenith when it was applied in *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710. In that case Laskin C.J., at p. 724, stated that: “mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error, especially when the labour board is exercising powers confided to it in wide terms to resolve competing contentions”.

*C.U.P.E.*, and the decisions referred to above, make it clear that an administrative tribunal will, in ordinary circumstances, lose jurisdiction only if it acts in a patently unreasonable manner.

However, two subsequent decisions of this Court indicate that an administrative tribunal may lose jurisdiction if it has erred, no matter how reasonably,

L’effet immédiat de l’arrêt *S.C.F.P.* a été décrit par le juge Wilson dans les motifs qu’elle a rédigés dans l’affaire *National Corn Growers Assn.*, précitée. Les auteurs ont acclamé l’arrêt comme établissant [TRA-DUCTION] «une théorie restreinte et unifiée du contrôle judiciaire». Le critère du caractère raisonnable énoncé dans l’arrêt *S.C.F.P.* a été appliqué dans des situations où les commissions des relations de travail étaient protégées par une clause privative dans les cas d’arbitre choisi par les parties, d’arbitre désigné par la loi, de même qu’aux décisions des commissions de relations de travail qui ne sont pas protégées par une clause privative. D’une manière générale, ces cas empêchent les tribunaux judiciaires de toucher aux interprétations données par une commission dans la mesure où elles ne sont pas manifestement déraisonnables. Voir *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, *Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d’administration de Olds College*, [1982] 1 R.C.S. 923, et *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, aux pp. 1003 et 1004.

Le principe adopté dans l’arrêt *S.C.F.P.* a atteint un sommet lorsqu’il a été appliqué dans l’arrêt *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin affirme, à la p. 724, qu’«un simple doute quant à l’exactitude d’une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence, spécialement si ce conseil exerce les pouvoirs qui lui sont conférés, en termes généraux, de résoudre des prétentions contradictoires».

L’arrêt *S.C.F.P.* et la jurisprudence mentionnée précédemment indiquent clairement qu’un tribunal administratif perdra sa compétence, dans des circonstances ordinaires, seulement s’il agit d’une manière manifestement déraisonnable.

Toutefois, deux arrêts subséquents de notre Cour indiquent qu’un tribunal administratif peut perdre sa compétence s’il a commis une erreur, pour raisonna-

in its interpretation of a legislative provision limiting its powers.

Post-C.U.P.E. Decisions: The Effect of *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board* and *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*

In *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, the employer made an application to the Canada Labour Relations Board ("C.L.R.B."), alleging that the union was authorizing an unlawful strike by employees who were engaging in a concerted refusal to work overtime. The employer asked the C.L.R.B. to declare the strike unlawful and to issue a cease and desist order against the union. The C.L.R.B. held that the employees' actions did indeed amount to a strike regardless of whether the collective agreement gave the employer the power to require employees to work overtime or not. The C.L.R.B.'s order required the strikers to call off the overtime ban and referred to an arbitrator the issue as to whether on a correct interpretation of the collective agreement overtime was compulsory.

The union sought a review of the C.L.R.B.'s finding that the strike was unlawful. It was the union's position that in making that ruling the C.L.R.B. had committed a jurisdictional error by answering incorrectly the preliminary question as to whether a refusal to work overtime constituted a strike when the C.L.R.B. had not held that overtime was compulsory under the collective agreement.

Beetz J. delivered the reasons for the Court. He made a distinction between errors made by a tribunal while acting within its jurisdiction and errors made by a tribunal ruling upon its jurisdiction. He determined that in the former situation the standard of deference applicable by a court will be that of patent unreasonableness as set out in *C.U.P.E.* However, he found that in the latter situation the standard of defer-

ble qu'elle soit, dans son interprétation d'une disposition législative limitant ses pouvoirs.

Jurisprudence ultérieure à l'arrêt *S.C.F.P.: l'effet des arrêts *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail* et *U.E.S., local 298 c. Bibeault**

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, l'employeur a présenté au Conseil canadien des relations du travail («C.C.R.T.») une requête dans laquelle il alléguait que le syndicat autorisait une grève illégale des employés qui étaient engagés dans un refus concerté de faire du travail supplémentaire. L'employeur a demandé au C.C.R.T. de déclarer la grève illégale et de délivrer une ordonnance de ne pas faire contre le syndicat. Le C.C.R.T. a conclu que les actes des employés équivalaient en fait à une grève, peu importe si la convention collective accordait à l'employeur le pouvoir d'obliger les employés à faire du travail supplémentaire. L'ordonnance du C.C.R.T. exigeait que les grévistes mettent fin à l'embargo sur le temps supplémentaire et soumettent à un arbitre la question de savoir si, selon une juste interprétation de la convention collective, le travail supplémentaire était obligatoire.

Le syndicat a demandé une révision de la conclusion du C.C.R.T. selon laquelle la grève était illégale. Le syndicat était d'avis que le C.C.R.T. en rendant cette décision avait commis une erreur juridictionnelle ou erreur de compétence en répondant incorrectement à la question préliminaire de savoir si le refus d'effectuer du travail supplémentaire constituait une grève, alors que le C.C.R.T. n'avait pas jugé que le temps supplémentaire était obligatoire aux termes de la convention collective.

Le juge Beetz a prononcé les motifs de la Cour. Il a établi une distinction entre les erreurs commises par un tribunal qui agit dans le cadre de sa compétence et les erreurs commises par un tribunal qui statue sur sa compétence. Il a déterminé que, dans le premier cas, la norme de retenue applicable par une cour sera celle du caractère manifestement déraisonnable énoncé dans l'arrêt *S.C.F.P.* Toutefois, il a conclu que, dans

ence will be much lower. He expressed his position in this way at pp. 420-21:

[A jurisdictional error] 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 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, because it also falls within s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*.

Another error which has sometimes been regarded as jurisdictional is one relating to a matter which is preliminary or collateral, but supposedly essential to the exercise of the jurisdiction as a kind of condition thereof. This however is a fleeting and vague concept against which the courts were warned by this Court in *New Brunswick Liquor Corporation (supra)*, at p. 233, once the initial jurisdiction of the administrative body holding the hearing has been established at the outset.

Beetz J. found that the C.L.R.B. had exceeded its jurisdiction in ordering the parties to refer one of the causes of dispute to arbitration. In his view, the error was jurisdictional and the C.L.R.B. had exercised a power which had not been conferred upon it. He stated at pp. 441-42:

Unquestionably, as has already been noted, it is often difficult to determine what constitutes a question of jurisdiction, and administrative tribunals like the Board must generally be given the benefit of any doubt. Once the classification has been established, however, it does not matter whether an error as to such a question is doubtful, excusable or not unreasonable, or on the contrary is excessive, blatant or patently unreasonable. What makes this kind of error fatal, whether serious or slight, is its jurisdictional nature; and what leads to excluding the rule of the patently unreasonable error is the duty imposed on the Federal Court of Appeal to

le deuxième cas, la norme de retenue sera beaucoup moins élevée. Il a exprimé sa position de la manière suivante, aux pp. 420 et 421:

[L'erreur juridictionnelle] 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 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 car elle est également visée par l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il est aussi arrivé que l'on considère comme juridictionnelle l'erreur qui porte sur un élément préliminaire ou accessoire mais essentiel à l'exercice de la compétence et qui en constituerait une espèce de condition. Mais 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, une fois établie, au début de l'enquête, la compétence initiale de l'organisme administratif qui entend cette enquête.

Le juge Beetz a conclu que le C.C.R.T. avait outrepassé sa compétence lorsqu'il a ordonné aux parties de soumettre une des causes de litige à l'arbitrage. À son avis, l'erreur était juridictionnelle et le C.C.R.T. avait exercé un pouvoir qui ne lui avait pas été conféré. Il a dit, aux pp. 441 et 442:

Certes, comme on l'a déjà dit, il est souvent difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence et il faut généralement donner le bénéfice du doute aux tribunaux administratifs comme le Conseil. Cette qualification une fois retenue cependant, il importe peu qu'une erreur portant sur une telle question soit discutable, excusable ou non déraisonnable ou bien, au contraire, extravagante, criante ou manifestement déraisonnable. Ce qui rend fatale cette sorte d'erreur, légère ou lourde, c'est son caractère juridictionnel et ce qui entraîne alors l'exclusion du critère de l'erreur manifestement déraisonnable, c'est le devoir imposé à la Cour

exercise the jurisdiction conferred on it by s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*.

d'appel fédérale d'exercer la compétence que lui confère l'al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

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.

<sup>a</sup> 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.

This is why the superior courts which exercise the power of judicial review do not and may not use the rule of the patently unreasonable error once they have classified an error as jurisdictional.

<sup>c</sup> C'est pourquoi les cours supérieures qui exercent le pouvoir de révision judiciaire n'utilisent pas et ne peuvent utiliser le critère de l'erreur manifestement déraisonnable une fois qu'elles ont qualifié une erreur d'erreur juridictionnelle.

These reasons would seem to indicate that any error made by an administrative tribunal in considering its own jurisdiction will constitute a jurisdictional error with the result that its decision may be quashed on judicial review. The decision encountered a good deal of adverse criticism from legal writers which has been referred to by Wilson J. in *National Corn Growers Assn.*, *supra*.

<sup>d</sup> Il semble ressortir de ces motifs qu'une erreur commise par un tribunal administratif dans l'examen de sa propre compétence constituera une erreur juridictionnelle faisant en sorte que sa décision pourra être annulée lors d'un contrôle judiciaire. Le juge Wilson a mentionné, dans l'arrêt *National Corn Growers Assn.*, précité, que la décision avait suscité beaucoup de critiques parmi les auteurs.

The position taken in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, *supra*, was, I believe, clarified if not modified by the reasons given in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. Once again, Beetz J. wrote for the Court. He expressed the view that although the current tendency had been to limit the concept of "preliminary questions" as far as possible, it had not been eliminated by the doctrine of patent unreasonableness. He held that a tribunal's decision on a preliminary question could be reviewed even though it was not manifestly or patently unreasonable. He put forward his position on the preliminary questions doctrine in this way at pp. 1086-87:

<sup>f</sup> Je crois que la position adoptée dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie*, précité, a été clarifiée sinon modifiée par les motifs exposés dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Encore une fois, le juge Beetz a rédigé les motifs de la Cour. Il a exprimé l'opinion que même si la tendance actuelle avait été de restreindre le concept des «conditions préalables» le plus possible, il n'avait pas été éliminé par la théorie de l'interprétation manifestement déraisonnable. Il a conclu que la décision d'un tribunal à l'égard d'une condition préalable pouvait être sujette à examen même si elle n'était pas manifestement déraisonnable. Il a énoncé sa position sur la théorie des conditions préalables de la manière suivante, aux pp. 1086 et 1087:

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

<sup>j</sup> 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

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.

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?"

He added that the determination of preliminary issues must be made in a "pragmatic and functional" manner. He set out his position in this way at p. 1088:

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

pas donné. Le fondement théorique de cette notion est donc inattaquable (ce qui explique peut-être pourquoi on ne l'a jamais définitivement répudiée): 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.

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?»

Il a ajouté que la détermination des conditions préalables doit être faite d'une manière «pragmatique et fonctionnelle». Il a énoncé sa position de la manière suivante, à la p. 1088:

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

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. [Emphasis added.]

In *Paccar, supra*, this Court directed that courts are to adopt the pragmatic and functional approach described in *Bibeault, supra*, when reviewing the decisions of administrative tribunals which determine questions relating to their jurisdiction.

The issue of jurisdiction will always pose difficult problems. Obviously some control of administrative tribunals is required. For example, if the Board in this case had interpreted its empowering statute to give itself jurisdiction over all persons who are qualified as teachers on the grounds that they might some day become members of a bargaining unit, it would exceed its jurisdiction. On the other hand, it would be all too easy for a court to go out of its way to conclude that, in its opinion, an administrative tribunal had made an error, no matter how trivial, in the interpretation of its statute so as to warrant the finding of a jurisdictional error. To do so would ignore the important place of administrative tribunals in our complex society. Their role could so easily be frustrated by too quick and ready a finding of jurisdictional error. The pragmatic and functional approach does, I believe, permit a court to be reasonably flexible and deferential in its approach to the jurisdiction of administrative tribunals in those cases where a tribunal has ruled upon its own jurisdiction.

#### The Application of the Factors Set out in *Bibeault* to this Case

The legislative provisions which must be considered in determining the jurisdiction of the Board in this case are to be found in three statutes. Firstly, the

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. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Paccar*, précité, notre Cour a ordonné que les tribunaux adoptent la méthode pragmatique et fonctionnelle décrite dans l'arrêt *Bibeault*, précité, lorsqu'ils contrôlent les décisions des tribunaux administratifs qui portent sur des questions relatives à leur compétence.

La question de la compétence soulèvera toujours des problèmes épineux. De toute évidence, un certain contrôle des tribunaux administratifs est nécessaire. Par exemple, si la Commission en l'espèce avait interprété sa loi habilitante comme lui accordant compétence à l'égard de toutes les personnes qui ont la qualité d'enseignants pour le motif qu'elles pourraient un jour devenir membres d'une unité de négociation, elle excéderait alors sa compétence. Par ailleurs, il serait trop facile pour une cour de s'écarter de sa voie pour conclure qu'à son avis un tribunal administratif a, dans l'interprétation de sa loi habilitante, commis une erreur, pour légère qu'elle soit, qui justifie la constatation d'une erreur de compétence. Faire cela reviendrait à ignorer la place importante qu'occupent les tribunaux administratifs dans notre société complexe. Leur rôle pourrait si aisément être contrecarré par une conclusion trop rapide et facile à l'existence d'une erreur de compétence. La méthode pragmatique et fonctionnelle permet, à mon avis, à une cour d'aborder de façon raisonnablement souple et respectueuse la compétence des tribunaux administratifs dans les cas où un tribunal a statué sur sa propre compétence.

#### L'application à l'espèce des facteurs énoncés dans l'arrêt *Bibeault*

Les dispositions législatives qui doivent être examinées pour déterminer la compétence de la Commission en l'espèce se trouvent dans trois lois. Pre-

*Staff Relations Act*, s. 2, s. 33 (now s. 34) and s. 98 (now s. 99) which read:

2. In this Act

. . .

“employee” means a person employed in the Public Service, other than . . .

The listed exceptions are not applicable to this appeal.

33. Where, at any time following the determination by the Board of a group of employees to constitute a unit appropriate for collective bargaining, any question arises as to whether any employee or class of employees is or is not included therein or is included in any other unit, the Board shall, on application by the employer or any employee organization affected, determine the question.

98. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral award and

(a) the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the collective agreement or arbitral award, and

(b) the obligation, if any, is not an obligation the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the collective agreement or arbitral award applies,

either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board, which shall hear and determine whether there is an obligation as alleged and whether, if there is, there has been a failure to observe or to carry out the obligation.

(2) The Board shall hear and determine any matter referred to it pursuant to subsection (1) as though the matter were a grievance, and subsection 95(2) and sections 96 and 97 apply to the hearing and determination of that matter.

Secondly, the *Employment Act*, s. 8 must be considered. It reads:

8. Except as provided in this Act, the Commission has the exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service of persons for

mièrement, la *Loi sur les relations de travail* et ses modifications, art. 2, art. 33 (maintenant art. 34) et art. 98 (maintenant art. 99) dont voici le texte:

a 2. Dans la présente loi

. . .

«employé» désigne une personne employée dans la Fonction publique, sauf . . .

b

Les exceptions mentionnées ne s'appliquent pas dans le présent pourvoi.

c 33. Lorsque, à un moment quelconque après que la Commission a décidé qu'un groupe d'employés constitue une unité habile à négocier collectivement, se pose la question de savoir si un employé ou une classe d'employés en fait ou n'en fait pas partie ou fait partie d'une autre unité, la Commission doit, sur demande de l'employeur ou de toute association d'employés concernée, trancher la question.

e 98. (1) Lorsque l'employeur et un agent négociateur ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale et

a) que l'employeur ou l'agent négociateur cherche à faire exécuter une obligation qu'on prétend découler de la convention collective ou de la décision arbitrale, et

f

b) que l'obligation, s'il en est, n'est pas une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief d'un employé de l'unité de négociation visée par la convention collective ou la décision arbitrale,

g l'employeur ou l'agent négociateur peut, de la manière prescrite, renvoyer l'affaire à la Commission qui doit l'entendre et décider si l'obligation alléguée existe et, dans l'affirmative, s'il y a eu inobservation ou inexécution.

h

i (2) La Commission doit entendre et trancher l'affaire qui lui est ainsi renvoyée en conformité du paragraphe (1) comme s'il s'agissait d'un grief, et le paragraphe 95(2) ainsi que les articles 96 et 97 s'appliquent à son audition et à la décision à rendre en l'espèce.

Deuxièmement, l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi* doit être examiné. En voici le texte:

8. Sous réserve de la présente loi, la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui

whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament.

Lastly, s. 11(3) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (previously R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(6)), must be considered. It reads:

11. ...

(3) The powers and functions of the Treasury Board in relation to any of the matters specified in subsection (2) do not extend to any such matter that is expressly determined, fixed, provided for, regulated or established by any Act otherwise than by the conferring of powers or functions in relation thereto on any authority or person specified in that Act, and do not include or extend to any power or function specifically conferred on, or any process of personnel selection required or authorized to be employed by, the Public Service Commission by or under the authority of the *Public Service Employment Act*.

Let us now, pursuant to the direction set out in *Paccar, supra*, undertake the functional approach outlined in *Bibeault, supra*. This approach requires us to review not only the wording of the enactment conferring jurisdiction, but also to consider the purpose of the statute creating the Board, its reasons for existence, the area of expertise of its members and the nature of the problems it must consider.

The first aspect to be considered is the wording of the statute. When the statute is considered as a whole, it can be seen that the Board is given broad powers to consider and resolve a wide variety of problems that arise in the field of labour relations. The decisions of the Board are protected by a privative clause. The legislators clearly placed their trust and confidence in the Board and sought to protect its decisions in the sensitive domain of labour matters. To my mind, s. 98 of the *Staff Relations Act* reflects the fundamental purpose of the statute. It provides a means whereby either the employer or the bargaining agent may seek to enforce an obligation arising out of a collective agreement or arbitral award. It establishes a procedure for settling disputes which are a source of disruptive friction between employer and employees.

sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination.

Finalement, le par. 11(3) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (autrefois la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10, par. 7(6)), doit être examiné. En voici le texte:

11. ...

(3) Le Conseil du Trésor ne peut exercer ses pouvoirs et fonctions à l'égard des questions visées au paragraphe (2) et dans une autre loi que si celle-ci confère en la matière des attributions à une autorité ou à une personne déterminée et traite expressément de ces questions; il ne peut non plus exercer des pouvoirs ou fonctions expressément conférés à la Commission de la fonction publique sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, ni mettre en œuvre des méthodes de sélection du personnel dont l'application relève, sous le régime de cette loi, de la Commission.

Il convient maintenant, aux termes de la directive énoncée dans l'arrêt *Paccar*, précité, d'entreprendre l'analyse fonctionnelle exposée dans l'arrêt *Bibeault*, précité. Cette méthode nous oblige à examiner non seulement la formulation de la disposition législative qui confère la compétence, mais également l'objet de la loi qui crée la Commission, la raison d'être de celle-ci, le domaine d'expertise de ses membres et la nature des problèmes qu'elle doit examiner.

Le premier aspect qui doit être examiné est la formulation de la Loi. Lorsque la Loi est examinée dans son ensemble, on peut constater que la Commission se voit conférer des pouvoirs étendus d'examiner et de régler une grande variété de problèmes qui se posent dans le domaine des relations de travail. Les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative. Le législateur a clairement accordé sa confiance à la Commission et a cherché à protéger ses décisions dans le domaine délicat des relations de travail. À mon avis, l'art. 98 de la *Loi sur les relations de travail* traduit le but fondamental de la Loi. Il prescrit un moyen par lequel l'employeur ou l'agent négociateur peut chercher à faire exécuter une obligation qui découle d'une convention collective ou d'une décision arbitrale. Il établit une procédure de règle-



The purpose of the *Staff Relations Act* is to provide the means for achieving the speedy resolution of disputes between labour and management. In reaching its decisions, the Board will make use of the special skills of its members who are experienced and knowledgeable in the field of labour relations generally and particularly as labour relations issues existing between the Public Service and the Federal Government. The Board must utilize this expertise in the resolution of just such labour/management disputes as are presented in this case.

Section 33 of the *Staff Relations Act* requires the Board to determine who are the members of a bargaining unit. That does not mean that the Board must determine whether or not a person is a Public Service employee, that is to say, an employee as defined in s. 2. A person can well be a member of a bargaining unit for collective bargaining purposes, and yet not be a public servant entitled to all the special benefits and perquisites that flow from membership in the Public Service. However, a person who is found to be a member of a bargaining unit should be entitled to all the benefits that flow from the collective bargaining agreement which pertains to the particular bargaining unit. Here the Econosult teachers were doing precisely the same work as those in the service of the Solicitor General. They all worked at the same penal institution and they all were monitored by the same member of the Correctional Services.

The Econosult teachers moved to have the Board declare them members of the same bargaining unit as those in the service of the Solicitor General for collective bargaining purposes. In making its decision as to whether teachers doing the same work in the same institution should belong to the same bargaining unit, the Board was carrying out a function that, in the words of Dickson J. in *C.U.P.E.*, "would seem to lie logically at the heart of the specialized jurisdiction confided to the Board" (p. 236). In my view, the wording of s. 98 made it incumbent on the Board to make a finding on this issue. Thus the wording of the Act, taken as a whole and particularly s. 98, leads me

ment des litiges qui sont source de friction perturbatrice entre employeur et employés. La *Loi sur les relations de travail* a pour but de fournir le moyen de résoudre avec célérité les différends ouvriers-patronaux. Pour parvenir à ses décisions, la Commission recourt aux compétences spéciales de ses membres qui possèdent de l'expérience et des connaissances dans le domaine des relations de travail en général et, particulièrement, au sujet des questions de relations de travail qui existent entre la Fonction publique et le gouvernement fédéral. La Commission doit utiliser cette expertise précisément pour résoudre les conflits de travail qu'on retrouve en l'espèce.

L'article 33 de la *Loi sur les relations de travail* exige que la Commission détermine quels sont les membres d'une unité de négociation. Cela ne signifie pas que la Commission doit décider si une personne est ou non un fonctionnaire, c'est-à-dire un employé au sens de l'art. 2. Une personne peut très bien être membre d'une unité de négociation à des fins de négociation collective et ne pas être un fonctionnaire qui a droit à tous les avantages spéciaux et les émoluments qui découlent du fait d'être membre de la Fonction publique. Toutefois, la personne qui est déclarée membre d'une unité de négociation devrait avoir droit à tous les avantages qui découlent de la convention collective applicable à l'unité de négociation donnée. En l'espèce, les enseignants d'Econosult accomplissait précisément le même travail que ceux qui étaient au service du Solliciteur général. Ils travaillaient tous dans le même établissement pénitentiaire et étaient tous surveillés par le même membre du Service correctionnel.

Les enseignants d'Econosult ont demandé que la Commission les déclare, aux fins de la négociation collective, membres de la même unité de négociation que les personnes au service du Solliciteur général. En rendant sa décision sur la question de savoir si les enseignants qui exécutaient le même travail dans le même établissement devraient faire partie de la même unité de négociation, la Commission a exercé une fonction dont, suivant les mots du juge Dickson dans l'arrêt *S.C.F.P.*, «[l]ogiquement, il faut supposer [qu'elle . . .] est au cœur de la compétence spécialisée conférée à la Commission» (p. 236). À mon avis, selon les termes de l'art. 98, il incombe à la Commis-

to conclude that the Board had jurisdiction to determine whether the Econosult teachers were members of the bargaining unit.

That conclusion is strengthened when the purpose of the statute creating the Board, its reason for existence, the area of expertise of its members and the nature of the problems it must deal with are considered. It is apparent that the Board's *raison d'être* is the resolution of labour management disputes that may erupt between the Federal Government and its employees. The area of expertise of the Board is in the field of labour relations involving the Federal Government and its employees. In order to carry out its role and exercise its special skills and knowledge, the Board must have jurisdiction to determine just who are members of a bargaining unit.

To hold otherwise would mean that the membership of all bargaining units is fixed for all time at the moment of their creditation. Employees whose status was unclear as to whether they were part of a bargaining unit, and if they were, to which bargaining unit they belonged, would be precluded from ever having the issue determined by the very entity whose expertise makes it eminently suited to resolving just such a dispute. It was, quite simply, not necessary for the Board, in carrying out its assigned role, to determine whether an employee is a member of the Public Service. However, the question of whether a person can be an employee, for the purposes of collective bargaining, without going through the formalities set out in the *Employment Act*, is a substantive question that the Board was required to consider in order to attain the aim of the *Staff Relations Act* and to fulfill its role.

The Board has been given wide powers and the protection of a privative clause. Its members are experienced and skilled in the field of labour relations. The legislator made it clear that labour disputes, such as those presented in this case, were to be resolved by the Board. The Court should not be quick to interfere. The Board necessarily had jurisdiction to

sion de rendre une décision sur cette question. Par conséquent le texte de la Loi, pris dans son ensemble et particulièrement l'art. 98, m'amène à conclure que la Commission était compétente pour déterminer si les enseignants d'Econosult étaient des membres de l'unité de négociation.

Cette conclusion est renforcée lorsqu'on examine l'objet de la loi qui crée la Commission, la raison d'être de celle-ci, le domaine d'expertise de ses membres et la nature des problèmes qu'elle doit traiter. Il ressort que la Commission a pour raison d'être de résoudre les différends ouvriers-patronaux qui peuvent survenir entre le gouvernement fédéral et ses employés. Le domaine d'expertise de la Commission est dans le domaine des relations de travail entre le gouvernement fédéral et ses employés. Pour remplir son rôle et mettre en pratique ses compétences et connaissances spéciales, la Commission doit avoir le pouvoir de déterminer exactement qui sont les membres d'une unité de négociation.

Toute décision contraire signifierait que l'appartenance à chaque unité de négociation est établie pour toujours au moment de son accréditation. Les employés dont le statut n'était pas clair quant à savoir s'ils faisaient partie d'une unité de négociation, et s'ils faisaient partie d'une unité de négociation, de quelle unité il s'agissait, ne pourraient jamais faire trancher la question par l'entité même qui, par son expertise, est parfaitement adaptée pour résoudre un tel conflit. Il n'était tout simplement pas nécessaire que la Commission, en exerçant le rôle qui lui était attribué, détermine si un employé est membre de la Fonction publique. Toutefois la question de savoir si une personne peut être un employé, aux fins de la négociation collective, sans passer par les formalités établies dans la *Loi sur l'emploi*, constitue une question de fond que la Commission était tenue d'examiner pour réaliser l'objectif de la *Loi sur les relations de travail* et remplir son rôle.

La Commission a obtenu des pouvoirs étendus ainsi que la protection d'une clause privative. Ses membres sont expérimentés et compétents dans le domaine des relations de travail. Le législateur a établi clairement que les conflits de travail, comme ceux qui se présentent en l'espèce, devaient être réglés par la Commission. La Cour ne devrait pas s'empresser

determine who were employees within the meaning of the *Staff Relations Act* and to what bargaining unit they belonged.

In summary then, the pragmatic and functional approach mandated by *Bibeault, supra*, requires a consideration of the enactment conferring jurisdiction, the aim of the statute creating the Board, the reasons for the Board's existence and the area of expertise of its members. A review of all those factors leads me to conclude that the Board did not exceed its jurisdiction. It acted within its area of expertise and carried out its mandate when it found that the Econosult teachers were indeed members of the bargaining unit. There is no basis for a court to interfere with its decision on that ground.

The conclusion I have reached seems to be supported when this case is compared to the situation presented in *Bibeault, supra*. The *Bibeault* case was concerned with the Quebec Labour Commissioner's interpretation of s. 45 of the Quebec *Labour Code*. That section provided, *inter alia*, that when there is an "alienation or operation by another" of an "undertaking" there is automatically by operation of law a transfer of certain rights and obligations. At pages 1093-94 Beetz J. wrote:

The transfer of rights and obligations thus does not depend on the conclusion arrived at by the 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 section 45 have actually been met.

In reaching the conclusion that s. 45 was a "jurisdictional section", Beetz J. relied on two factors. First, the limited jurisdiction granted the Labour Commissioner and secondly, the lack of expertise needed to answer the question facing the Labour Commission. He adopted a portion of the respondent's factum in these words at pp. 1094-95:

[TRANSLATION] It can be seen at the outset that the legislator did not see fit to give the labour commissioner a general, exclusive jurisdiction over implementation of

d'intervenir. La Commission avait nécessairement compétence pour déterminer qui étaient des employés au sens de la *Loi sur les relations de travail* et à quelle unité de négociation ils appartenaient.

Bref, la méthode pragmatique et fonctionnelle prescrite dans l'arrêt *Bibeault*, précité, exige un examen de la disposition qui confère la compétence, de l'objet de la loi qui crée la Commission, de la raison d'être de la Commission et du domaine d'expertise de ses membres. Un examen de tous ces facteurs m'amène à conclure que la Commission n'a pas excédé sa compétence. Elle a agi dans le cadre de son domaine d'expertise et a exercé son mandat lorsqu'elle a conclu que les enseignants d'Econosult étaient vraiment membres de l'unité de négociation. Rien ne justifie une cour de modifier sa décision pour ce motif.

La conclusion à laquelle je suis arrivé semble appuyée lorsqu'on compare l'espèce à la situation qui se présentait dans l'arrêt *Bibeault*, précité. L'arrêt *Bibeault* portait sur l'interprétation de l'art. 45 du *Code du travail* du Québec par le commissaire du travail du Québec. Cet article prévoyait notamment que lorsque «l'aliénation ou la concession» d'une «entreprise» est effectuée, il y a automatiquement, par application de la Loi, une transmission de certains droits et de certaines obligations. Aux pages 1093 et 1094, le juge Beetz écrit:

La transmission des droits et obligations ne dépend donc pas de l'évaluation des faits et du 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.

Pour arriver à la conclusion que l'art. 45 était un «article juridictionnel», le juge Beetz s'est fondé sur deux facteurs. Premièrement, la compétence limitée accordée au commissaire du travail et, deuxièmement, l'absence d'expertise nécessaire pour répondre à la question posée à la Commission du travail. Il a adopté une partie du mémoire de l'intimée de la manière suivante, aux pp. 1094 et 1095:

On constate au point de départ que le législateur n'a pas jugé opportun de conférer au Commissaire du travail la compétence générale et exclusive d'assurer l'applica-

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.

He continued at p. 1097:

. . . 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 . . .

Unlike the situation presented in *Bibeault*, in the case at bar the Board has been given wide powers and its decision required the utilization of expert skill or knowledge that it was uniquely qualified to exercise. The application of the functional and pragmatic analysis set forth in *Bibeault*, *supra*, clearly establishes that the Board had the jurisdiction to decide whether or not the Econosult teachers formed part of the Educational Group bargaining unit.

It remains only to consider whether the Board, acting within its jurisdiction, acted unreasonably in reaching its decision. Unfortunately, a consideration of this issue will, of necessity, be somewhat repetitious.

Was the Decision of the Board Patently Unreasonable?

In *C.U.P.E.*, Dickson J. held that an administrative tribunal's decision is patently unreasonable in circumstances where "its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). The decision of the Board in this case cannot be considered to be unreasonable. It was essential for it to determine whether a person could be an employee and a member of a bargaining unit,

tion 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.

a

. . .

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.

c Il a poursuivi à la p. 1097:

. . . 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 . . .

d

En l'espèce, contrairement à la situation présentée dans l'arrêt *Bibeault*, la Commission a reçu de vastes pouvoirs et sa décision exigeait l'utilisation de compétences ou de connaissances d'experts qu'elle était seule qualifiée pour mettre en pratique. L'application de l'analyse fonctionnelle et pragmatique énoncée dans l'arrêt *Bibeault*, précité, établit clairement que la Commission avait le pouvoir de décider si les enseignants d'Econosult faisaient partie de l'unité de négociation du groupe de l'enseignement.

e

Il ne reste à examiner que la question de savoir si la Commission, dans l'exercice de sa compétence, a agi de façon déraisonnable en parvenant à sa décision. Malheureusement, l'examen de cette question sera nécessairement quelque peu répétitif.

g

La décision de la Commission était-elle manifestement déraisonnable?

Dans l'arrêt *S.C.F.P.*, le juge Dickson a conclu que la décision d'un tribunal administratif est manifestement déraisonnable lorsque «l'interprétation [qu'il donne] est [. . .] déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). La décision de la Commission en l'espèce ne saurait être considérée comme déraisonnable. Il était essentiel qu'elle détermine si une personne pouvait être un

i

j

although that person had not become a public servant according to the provisions of the *Employment Act*. It will be remembered that pursuant to s. 8 of the *Employment Act*, “the Commission has the exclusive right and authority to make appointment to or from within the Public Service of persons for whose appointment there is no authority in or under any other Act of Parliament”. The question then arises whether this is an essential precondition to membership in a bargaining unit. That is to say, must a person be appointed by the Public Service Commission pursuant to s. 8 of the *Employment Act* in order to be classified as a public employee for the purposes of s. 33 of the *Staff Relations Act*?

I would begin by observing that the intention of one of the parties is not usually determinative of such an issue. In *S.G.C.T.*, *supra*, the issue was whether or not “freelancers” working under personal service contracts with the National Film Board could be certified by the union. Le Dain J.A., writing on behalf of the Federal Court of Appeal, held that there was “no special formality required” to distinguish “continuing positions” which form part of the Public Service and other positions. Rather, he said at pp. 353-54 that the substance of the arrangement was to be given precedence over form:

Undoubtedly the Board has the authority under paragraph 10(1)(d) of the *National Film Act* to enter into contracts for personal services with independent contractors, or “freelancers” as they are apparently called, but notwithstanding the form which such an engagement takes it may be open in a particular case to show on all the circumstances that the relationship is in fact one of employment. In such a case one would have to conclude that the employee occupies a position within the meaning of section 14.

As a result, the freelancers were deemed to be “employees” although they had not been nominated pursuant to s. 8 of the *Employment Act* and despite their personal contracts with the National Film Board.

employé et un membre de l'unité de négociation même si cette personne n'était pas devenue un fonctionnaire aux termes des dispositions de la *Loi sur l'emploi*. Il convient de se rappeler qu'aux termes de l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi*, «la Commission possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie, dont aucune autre loi du Parlement n'autorise ou ne prévoit la nomination». La question qui se pose alors est de savoir s'il s'agit d'une condition préalable essentielle pour devenir membre d'une unité de négociation. C'est-à-dire, une personne doit-elle être nommée par la Commission de la Fonction publique, conformément à l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi*, pour être qualifiée d'employée du secteur public aux fins de l'art. 33 de la *Loi sur les relations de travail*?

Tout d'abord, je fais remarquer que l'intention de l'une des parties n'est habituellement pas déterminante à l'égard d'une telle question. Dans l'arrêt *S.G.C.T.*, précité, la question était de savoir si des «pigistes» liés à l'Office national du film par des contrats de services personnels pouvaient être accrédités par le syndicat. Le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, a conclu qu'il n'y avait «aucune formalité spéciale» pour établir une distinction entre les «postes continus» qui font partie de la Fonction publique et les autres postes. Il a plutôt dit aux pp. 353 et 354 que le fond de l'entente devait prévaloir sur la forme:

Il ne fait aucun doute que l'Office a le pouvoir, aux termes de l'alinéa 10(1)d) de la *Loi nationale sur le film*, de conclure des contrats de services personnels avec des entrepreneurs indépendants, ou «pigistes» comme ils semblent être désignés; mais, nonobstant la forme que revêt un tel contrat, il peut être établi, dans un cas particulier et à la lumière de toutes les circonstances, qu'il s'agit effectivement d'un emploi. Dans un cas semblable, on doit conclure qu'un employé occupe un poste au sens de l'article 14.

Par conséquent, les pigistes ont été réputés être des «employés» bien qu'ils n'aient pas été nommés conformément à l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi* et malgré leurs contrats personnels avec l'Office national du film.

The respondent argued that the *S.G.C.T.* decision is not applicable because in the case at bar there is no statutory provision comparable to what was then s. 14 of the *National Film Act*, which allowed the National Film Board to determine the working condition of employees. I cannot accept that contention. In the case at bar, the Board was required to determine who were employees and to which bargaining unit they belonged in order to carry out its function.

In *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489, this Court was required to determine whether, in the absence of any clear administrative decision or expression of intention on the part of the Government, the creation of additional functions in a position in the Public Service amounted to the creation of a new position requiring an appointment under the *Employment Act*. The Government argued that before a new position could be found to exist it was required to be made manifest in clear terms. This Court found that the expression of such an intention by Government was unnecessary. Le Dain J., writing for this Court, stated at pp. 501-2:

Having regard to the importance of the principle of selection according to merit and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act*, I am unable, with great respect, to agree with the premise underlying the judgment of the majority of the Federal Court of Appeal, which I understand to be that a new position in the Public Service calling for an appointment within the meaning of s. 21 cannot be created by a change in the functions of an existing position unless the administration chooses to regard such a change as creating a new position within the meaning of the Act. Such a view would permit the circumvention of the merit principle and the right of appeal.

Obviously the administration must have reasonable flexibility to make minor changes in the functions of an existing position in the Public Service which the occupant of the position may be called on to perform, without thereby creating a new position for which an appointment based on selection according to merit must be made. Where, however, as in the present case, the change in functions is of such a significant or substantial nature as to call for additional or special qualifications requiring evaluation and therefore what amounts to

L'intimée a soutenu que l'arrêt *S.G.C.T.* ne s'applique pas parce qu'en l'espèce il n'y a aucune disposition législative comparable à ce qui était alors l'art. 14 de la *Loi nationale sur le film*, qui permettait à l'Office de déterminer les conditions de travail des employés. Je ne puis accepter cet argument. En l'espèce, la Commission était tenue de déterminer qui étaient les employés et à quelle unité de négociation ils appartenaient pour exercer sa fonction.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489, notre Cour devait déterminer si, en l'absence d'une décision administrative claire ou d'une expression de l'intention du gouvernement, la création de fonctions additionnelles dans un poste de la Fonction publique équivalait à la création d'un nouveau poste qui exigeait une nomination en vertu de la *Loi sur l'emploi*. Le gouvernement a soutenu que, pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un nouveau poste, celui-ci devait être établi clairement. Notre Cour a conclu que l'expression d'une telle intention par le gouvernement n'était pas nécessaire. Le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour, affirme, aux pp. 501 et 502:

Compte tenu de l'importance du principe de la sélection établie au mérite et du droit d'appel prévu à l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, je ne saurais, en toute déférence, souscrire à la prémisse qui sous-tend l'arrêt de la Cour d'appel fédérale à la majorité, qui porte, si je comprends bien, qu'un nouveau poste de la Fonction publique qui exige une nomination au sens de l'art. 21, ne saurait être créé par une modification des fonctions d'un poste déjà existant, à moins que l'administration ne choisisse de considérer que cette modification crée un nouveau poste au sens de la Loi. Une telle conception permettrait de contourner le principe du mérite et le droit d'appel.

De toute évidence, l'administration doit pouvoir jouir de suffisamment de souplesse pour être en mesure d'apporter des modifications mineures aux fonctions que le titulaire d'un poste déjà existant de la Fonction publique peut être appelé à remplir, sans par là créer un nouveau poste nécessitant une nomination faite selon une sélection établie au mérite. Lorsque, toutefois, comme en l'espèce, la modification des fonctions est suffisamment importante ou substantielle pour requérir des qualifications supplémentaires ou particulières exigeant une éva-

a new selection for the position, a new position within the meaning of the Act is created. [Emphasis added.]

Once again, the question was determined on the basis of substance rather than mere form.

In *Doré, supra*, a decision rendered at the same time as *Brault*, the question to be determined was whether the assignment of a person already in the Public Service to new functions, pending classification of a new position for those functions, was an "appointment" requiring that the procedures under the *Employment Act* be followed. Le Dain J. held that, as a matter of fact, a new position had been created, notwithstanding the lack of any express intent. He wrote at pp. 509-10:

For the reasons given in [*Brault*], the issue in the present appeal cannot, in my respectful opinion, turn on whether the Department intended to create a position and to make an appointment within the meaning of the *Public Service Employment Act*. There must, of course, be an intended identification and definition of functions to be performed and an intended assignment of a person to perform them, but, as I said in the *Brault* appeal, the application of the merit principle and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act* cannot depend on whether the Department chooses to regard what is done as the creation of a position and an appointment to it within the meaning of the Act. It is what the Department has objectively done as a matter of fact and not what it may have intended or understood it was doing as a matter of law that must determine the application of the merit principle and the right of appeal. [Emphasis added.]

These two cases make it clear that it is not the form of the arrangement or the expressed intent of the Government which is determinative of the issue, but rather the substance of the relationship must govern the decision. Thus, if the intention of the Government employer is to be gathered from the *Employment Act*, that intention is not determinative of the issues. Rather, the substance of the relationship between the Econosult teachers and the Government must be examined.

luation et donc ce qui correspond à une nouvelle sélection pour le poste, un nouveau poste au sens de la Loi est alors créé. [Je souligne.]

Encore une fois, on a tranché la question en tenant compte du fond plutôt que de la simple forme.

Dans l'arrêt *Doré*, précité, qui a été rendu en même temps que l'arrêt *Brault*, la question qui devait être tranchée était de savoir si l'affectation d'une personne qui faisait déjà partie de la Fonction publique à des nouvelles fonctions, en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions, constituait une «nomination» exigeant que l'on suive les procédures prévues par la *Loi sur l'emploi*. Le juge Le Dain a conclu qu'en fait un nouveau poste avait été créé, malgré l'absence de toute intention expresse. Il écrit, aux pp. 509 et 510:

Pour les motifs exposés dans cet arrêt [l'arrêt *Brault*], la question soulevée en l'espèce ne peut, à mon humble avis, dépendre de la question de savoir si le Ministère avait l'intention de créer un poste et d'effectuer une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Évidemment, il doit y avoir une intention d'identifier et de définir les fonctions à exécuter et une intention d'affecter une personne pour les exécuter, mais comme je l'ai dit dans l'arrêt *Brault*, l'application du principe du mérite et le droit d'appel que prévoit l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peuvent dépendre de la question de savoir si le Ministère choisit de considérer ce qui a été fait comme la création d'un poste et une nomination à celui-ci au sens de la Loi. En réalité, c'est ce que le Ministère a objectivement fait et non ce qu'il a, en droit, eu l'intention de faire ou l'interprétation qu'il en avait qui doit déterminer l'application du principe du mérite et du droit d'appel. [Je souligne.]

Ces deux arrêts démontrent clairement que ce n'est pas la forme de l'entente ni l'intention exprimée par le gouvernement qui est déterminante à l'égard de la question, c'est plutôt le contenu de la relation qui doit régir la décision. Donc, si l'intention du gouvernement à titre d'employeur doit se dégager de la *Loi sur l'emploi*, cette intention n'est pas déterminante à l'égard des questions en litige. C'est plutôt le contenu de la relation entre les enseignants d'Econosult et le gouvernement qui doit être examiné.

In the case at bar, it is apparent that positions can be created solely by the actions of Government officials acting outside the provisions of s. 8 of the *Employment Act*. It would seem then, that quite apart from appointments made under that section, Government officials can *de facto* create a position. The issue as to whether a person is an employee of the Federal Government and, if so, a member of a bargaining unit, must be determined on the facts of each case. Here, the decision of the Board is consistent with the facts presented, the decided cases and with the provisions of the *Staff Relations Act*. The Board carefully examined the situation of the contract workers. It determined that, as a matter of fact, on the basis of the general tests set out by the Board itself and by other tribunals specializing in labour relations, the contract workers were indeed employees of the Federal Government for collective bargaining purposes. The Econosult teachers were doing the same job as the P.S.A.C. teachers and were responsible to the same supervisor. They were working side-by-side doing virtually identical jobs. In the circumstances of this case, the decision of the Board was certainly not patently unreasonable, rather it appears to be a reasonable one.

I would note once again, that the effect of the Board's decision is limited in nature. It does not provide the Econosult teachers with any of the Public Service benefits such as superannuation. It simply provides that for the purposes of labour relations, people doing the same work should come within the same bargaining unit and the provisions of the same collective bargaining agreement should apply to them.

#### Disposition

In the result, I would allow the appeal and confirm the order of the Board in the terms suggested by Hugessen J.A. in the Federal Court of Appeal.

*Appeal dismissed with costs, CORY J. dissenting.*

En l'espèce, il est évident que des postes peuvent être créés seulement par les actions des fonctionnaires du gouvernement agissant hors du cadre des dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur l'emploi*. Il semblerait alors que, outre les nominations effectuées aux termes de cet article, les fonctionnaires du gouvernement peuvent en fait créer un poste. La question de savoir si une personne est un employé du gouvernement fédéral et, dans l'affirmative, si elle est membre d'une unité de négociation, doit être tranchée selon les faits de chaque cas. En l'espèce, la décision de la Commission est compatible avec les faits présentés, la jurisprudence et les dispositions de la *Loi sur les relations de travail*. La Commission a examiné attentivement la situation des contractuels. Elle a déterminé qu'en fait, compte tenu des critères généraux énoncés par la Commission elle-même et par d'autres tribunaux spécialisés dans les relations de travail, les contractuels étaient bel et bien des employés du gouvernement fédéral aux fins de la négociation collective. Les enseignants d'Econosult exécutaient le même travail que les enseignants de l'A.F.P.C. et relevaient du même surveillant. Ils travaillaient ensemble et remplissaient des tâches quasi identiques. Dans les circonstances de l'espèce, la décision de la Commission n'était certainement pas manifestement déraisonnable, au contraire elle paraît raisonnable.

Encore une fois, je souligne que l'effet de la décision de la Commission est de nature limitée. Elle n'accorde pas aux enseignants d'Econosult les avantages sociaux de la Fonction publique comme le fonds de pension. Elle prévoit simplement qu'à des fins de relations de travail les personnes qui accomplissent le même travail devraient faire partie de la même unité de négociation et que les dispositions de la même convention collective devraient s'appliquer à celles-ci.

#### Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Commission de la manière proposée par le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge CORY est dissident.*



*Solicitor for the appellant: Dianne Nicholas,  
Ottawa.*

*Procureur de l'appelante: Dianne Nicholas,  
Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.*

**D.B.M. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. M. (D.B.)

File No.: 21663.

1991: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Sexual offences — Evidence — Evidence of complainant's prior sexual conduct excluded — Whether Court of Appeal erred in finding that trial judge properly excluded evidence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 142(1)(b).*

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 142(1)(b) [en. 1974-75-76, c. 93, s. 8].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 51 C.C.C. (3d) 546, dismissing the accused's appeal from his convictions on charges of rape and indecent assault. Appeal dismissed.

*Peter A. Hart*, for the appellant.

*William Ehrcke*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We find no error in the majority of the Court of Appeal for British Columbia's refusal to interfere in the trial judge's exercise of his discretion under s. 142(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, in force in 1977.

**D.B.M. Appellant**

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. M. (D.B.)

<sup>b</sup> N° du greffe: 21663.

1991: 26 mars.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson, <sup>c</sup> McLachlin et Iacobucci.

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

<sup>d</sup> *Droit criminel — Infractions sexuelles — Preuve — Exclusion de la preuve de la conduite antérieure de la plaignante — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait exclu à bon droit cette preuve? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 142(1)(b).*

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 142(1)(b) [ad. 1974-75-76, ch. 93, art. 8].

<sup>e</sup> <sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 51 C.C.C. (3d) 546, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité relatives à des accusations de viol et d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté.

*Peter A. Hart*, pour l'appellant.

<sup>g</sup> <sup>h</sup> *William Ehrcke*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>i</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER—Il n'y a, à notre avis, aucune erreur dans le refus de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'intervenir à l'égard de l'exercice par le juge de première instance de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'al. 142(1)(b) du *Code Criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, en vigueur en 1977.

We agree with the reasons of the majority in support of their conclusion and we accordingly dismiss this appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Peter A. Hart, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

Nous sommes d'accord avec les motifs de la majorité concernant cette conclusion, et nous rejetons donc le présent pourvoi.

*a Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant: Peter A. Hart, Vancouver.*

*b Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Claude Vickery** *Appellant*

v.

**Prothonotary of the Supreme Court of Nova Scotia at Halifax and Brent Stephen Nugent** *Respondents*

and

**Canadian Association of Journalists** *Intervener*

INDEXED AS: VICKERY v. NOVA SCOTIA SUPREME COURT (PROTHONOTARY)

File No.: 21598.

1990: October 31, November 1; 1991: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT FOR NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Evidence — Exhibits — Access — Audio and video tapes admitted in evidence in criminal trial resulting in conviction — Appeal court finding evidence inadmissible and overturning conviction — Whether member of public entitled to access to tapes.*

*Courts — Administration — Exhibits — Access — Audio and video tapes admitted in evidence in criminal trial resulting in conviction — Appeal court finding evidence inadmissible and overturning conviction — Whether member of public entitled to access to tapes.*

Respondent N was convicted of second degree murder on the basis of audio cassettes containing an alleged confession and a video cassette of an alleged re-enactment of the killing. The trial, the admission of the tapes into evidence and information about their contents were reported in the media. On appeal the majority found that the audio and video evidence had not been freely and voluntarily obtained from N, that it had been obtained in violation of his right to counsel, and that its admission into evidence brought the administration of justice into disrepute. As a result of the exclusion of the evidence,

**Claude Vickery** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Le protonotaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse à Halifax et Brent Stephen Nugent** *Intimés*

<sup>b</sup> et

**L'Association canadienne des journalistes** *Intervenante*

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: VICKERY c. COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE (PROTONOTAIRE)

N<sup>o</sup> du greffe: 21598.

<sup>d</sup> 1990: 31 octobre, 1<sup>er</sup> novembre; 1991: 28 mars.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Preuve — Pièces — Accès — Les bandes audio et vidéo utilisées en preuve dans le cadre d'un procès criminel ont entraîné une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a conclu à l'inadmissibilité de cette preuve et a annulé la déclaration de culpabilité — Un membre du public a-t-il un droit d'accès aux bandes?*

<sup>g</sup> *Tribunaux — Administration — Pièces — Accès — Les bandes audio et vidéo utilisées en preuve dans le cadre d'un procès criminel ont entraîné une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a conclu à l'inadmissibilité de cette preuve et a annulé la déclaration de culpabilité — Un membre du public a-t-il un droit d'accès aux bandes?*

L'intimé N a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré sur la foi d'une preuve sous la forme de cassettes audio contenant ce qui serait une confession et d'une vidéocassette montrant une prétendue reconstitution du meurtre. Le procès, l'utilisation des bandes en preuve, et des renseignements sur leur contenu, ont été rapportés par les médias. En appel, la majorité a conclu que la preuve composée des bandes audio et vidéo n'avait pas été obtenue librement et volontairement de N, qu'elle avait été obtenue en violation de son droit à l'assistance d'un avocat et que son utilisation avait eu

N's conviction was overturned. Appellant, a journalist, requested a copy of the tapes, but the respondent Prothonotary refused to release them. The Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, granted appellant's application, as a member of the public, to obtain the tapes. The Appeal Division reversed the judgment.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Stevenson JJ.: N's privacy interests as a person acquitted of a crime outweigh the public right of access to exhibits judicially determined to be inadmissible against him. The court, as custodian of the exhibits, is bound to inquire into the use to be made of them and is fully entitled to regulate that use. Such exhibits are frequently the property of non-parties and there is ordinarily a proprietary interest in them. In this case N was a participant in the creation of the tapes, a creation found to have been in violation of his constitutional rights, and the court ought to take steps to protect his legitimate interests. In the face of obvious prejudice and with no proposed use being specified, the order for unrestricted access should not have been made. The exhibits were produced at trial and were open to public scrutiny and discussion, so that the open justice requirement had been met. Further, while those subjected to judicial proceedings must undergo public scrutiny of what is said at trial or on appeal, and contemporaneous reporting is protected, different considerations may govern when the process is at an end and the discussion removed from the hearing context. While fair, accurate, contemporaneous reports are likely to be balanced, to display the full context, and to expose the arguments on both sides, the subsequent release and publication of selected exhibits is fraught with the risk of unfairness. The courts must be careful not to become unwitting parties to N's harassment by facilitating the broadcasting of material which was found to have been obtained in violation of his fundamental rights.

In short, curtailment of public accessibility is justified where there is a need to protect the innocent, and N must be considered an innocent person for this purpose. Someone who has been accused and convicted of a seri-

pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Par suite de l'exclusion de cette preuve, le verdict de culpabilité rendu contre N a été annulé. L'appelant, un journaliste, a demandé une copie des bandes, mais le protonotaire intime a refusé de les lui remettre. La Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a fait droit à la requête, présentée par l'appelant à titre de membre du public, en vue d'obtenir les bandes en question. Cette décision a été infirmée par la Section d'appel.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Stevenson: Le droit de N à la protection de sa vie privée en qualité de personne acquittée d'un crime l'emporte sur le droit du public d'avoir accès à des pièces judiciairement déclarées irrecevables en preuve contre lui. Le tribunal, en sa qualité de dépositaire des pièces, est tenu de s'enquérir de l'usage que l'on entend en faire et il a pleins pouvoirs pour régler cet usage. Ces pièces appartiennent souvent à des tiers qui ont ordinairement sur elles un droit de propriété. En l'espèce, N a participé à la création des bandes, création qui a été jugée contraire à ses droits constitutionnels, et la cour devrait prendre des mesures pour protéger ses droits légitimes. Devant un préjudice manifeste et en l'absence de précisions quant à l'usage envisagé, l'ordonnance permettant le libre accès n'aurait pas dû être rendue. Les pièces ont été produites au procès et le public a pu en prendre connaissance et en discuter, de sorte qu'il y a eu respect de l'exigence de transparence des procédures judiciaires. En outre, ceux qui font l'objet de procédures judiciaires doivent se soumettre à l'examen par le public de ce qui s'est dit en première instance ou en appel, et la discussion durant ces instances est protégée, mais des considérations différentes peuvent s'appliquer lorsque le processus tire à sa fin et que la discussion ne se fait plus dans le cadre de l'audition. Si les comptes rendus immédiats, équitables et exacts sont susceptibles d'être équilibrés, de reproduire le contexte entier de l'affaire et d'exposer les arguments des deux parties, la diffusion et la publication subséquentes de pièces choisies risquent fort d'être entachées d'un manque d'équité. Les tribunaux doivent se garder de participer inconsciemment au harcèlement de N en facilitant la diffusion de pièces déclarées avoir été obtenues en violation de ses droits fondamentaux.

En bref, la restriction de l'accès du public se justifie s'il est nécessaire de protéger l'innocent et N doit être considéré comme une personne innocente à cette fin. Une personne qui, sur la foi d'une preuve incriminante

ous crime on the basis of self-incriminating evidence obtained in violation of his *Charter* rights should not be made to bear the stigma resulting from unrestricted repetition of the very same illegally obtained evidence.

The Court should not entertain appellant's argument that the prohibition of access was an infringement of his rights under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, since that point was not developed in the courts below. Had the point been raised, the parties would have had the right to lead evidence, the Court would have had the benefit of the reasoning of the courts below, and interested parties might have sought to intervene.

*Per* L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. (dissenting): Two principles of fundamental importance to our democratic society must be weighed in the balance in this case: the right to privacy and the principle of open courts. Here the openness of the courts must prevail. This result is necessary to maintain public confidence in the administration of justice. Further, appellate deference should be accorded to the trial judge's discretionary order concerning access, which was reasonable and should be upheld.

There is a strong presumption in favour of access to ensure judicial accountability. Criminal appeals, like criminal trials, should be as open as possible. The media, as the public's representative, should have access to all the exhibits which are part of the appeal proceedings and which may form the basis for the appellate court's decision. In particular, access should not be denied on the grounds that the tapes were found to be inadmissible. The public has a right to know what was excluded by the appellate court and the reason for its exclusion. To prohibit access to all evidence which has been ruled inadmissible would permit the courts to operate in secret. The trial judge in this case admitted all the tapes and the dissenting member of the Court of Appeal would have admitted the videotape and most of the audio tapes. This diversity of views on the issue of admissibility further supports the case for access, since the public is entitled to know the actual evidence that was the subject of differing judicial opinion.

obtenue contrairement aux droits dont elle jouit aux termes de la *Charte*, a été accusée et reconnue coupable d'un crime grave, ne devrait pas avoir à subir l'opprobre qui résulterait de la reproduction, sans restriction, de cette même preuve qui a été obtenue illégalement.

La Cour ne devrait pas entendre l'argument de l'appellant selon lequel l'interdiction d'accès constituait une violation des droits que lui confère l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisque ce point n'a pas été avancé devant les tribunaux d'instance inférieure. Si ce point avait été soulevé, les parties auraient eu le droit de soumettre leur preuve, la Cour aurait bénéficié du raisonnement des tribunaux d'instance inférieure et des parties intéressées auraient pu chercher à intervenir.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin (dissidents): Doivent être pris en considération en l'espèce deux principes fondamentalement importants dans notre société démocratique: le droit au respect de la vie privée et le principe de la transparence des procédures judiciaires. En l'espèce, c'est le principe de la transparence des procédures judiciaires qui doit l'emporter. Ce résultat s'impose pour maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. De plus, il convient que le tribunal d'appel fasse preuve de retenue à l'égard de l'ordonnance discrétionnaire en matière d'accès rendue par le juge de première instance, ordonnance qui est raisonnable et doit être maintenue.

Il y a une forte présomption en faveur de l'accès afin de rendre les tribunaux comptables de leurs actes. L'appel criminel, tout comme le procès criminel, doit présenter la plus grande transparence possible. Les médias, en leur qualité de représentants du public, doivent avoir accès à toutes les pièces qui font partie des procédures d'appel et qui peuvent constituer le fondement de la décision du tribunal d'appel. En particulier, l'accès aux bandes magnétiques ne devrait pas être refusé en raison de leur inadmissibilité. Le public a le droit de savoir ce qu'a exclu le tribunal d'appel et le motif de l'exclusion. Interdire l'accès à tous les éléments de preuve qui ont été jugés inadmissibles serait permettre aux tribunaux de fonctionner dans le secret. En l'espèce, le juge du procès a admis en preuve toutes les bandes magnétiques et le juge dissident en Cour d'appel était d'avis d'admettre la bande vidéo et la plupart des bandes audio. Cette diversité d'opinions au sujet de l'admissibilité vient étayer davantage l'argument en faveur de l'accès puisque le public est en droit de savoir en quoi consistent au juste les éléments de preuve qui ont suscité des différences d'opinions parmi les juges.

Finally, the production of the tapes at trial did not satisfy the common law right of access and the underlying open court principle. The fact that the tapes have been played before should not weaken any claim for access, and makes the privacy interest less compelling. The right of access to court documents, which includes the opportunity to inspect and copy such records, facilitates the openness of court processes. While it is not necessary in this case to consider whether it is guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, this right also promotes and advances the constitutional values of freedom of expression.

### Cases Cited

By Stevenson J.

**Applied:** *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; **distinguished:** *Re Regina and Lortie*, [1985] C.A. 451, 21 C.C.C. (3d) 436; **referred to:** *Solomon v. McLaughlin*, [1982] 4 W.W.R. 415; *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978).

By Cory J. (dissenting)

*Ex parte Drawbaugh*, 2 App. D.C. 404; *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947); *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966); *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *United States v. Mitchell*, 551 F.2d 1252 (1976); *United States v. Myers*, 635 F.2d 945 (1980); *United States v. Criden*, 648 F.2d 814 (1981); *In re National Broadcasting Co.*, 653 F.2d 609 (1981); *Belo Broadcasting Corp. v. Clark*, 654 F.2d 423 (1981); *United States v. Edwards*, 672 F.2d 1289 (1982); *United States v. Beckham*, 789 F.2d 401 (1986); *United States v. Webbe*, 791 F.2d 103 (1986); *Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the District of Nevada*, 798 F.2d 1289 (1986); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042.

Finalement, la production des bandes au procès n'a pas suffi pour que soient respectés le droit d'accès découlant de la common law ainsi que le principe sous-jacent de la transparence des procédures judiciaires. Le fait que les bandes aient déjà été passées ne devrait pas affaiblir une demande d'accès: au contraire, cela rend d'autant moins concluant l'intérêt qu'on peut avoir dans le respect de sa vie privée. Le droit de consulter les documents judiciaires, droit dont fait partie la possibilité d'examiner et de copier ces documents, favorise la transparence des procédures judiciaires. Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de se demander s'il est garanti par l'al. 2b) de la *Charte*, ce droit sert en outre à promouvoir les valeurs inhérentes à la liberté d'expression consacrées dans la Constitution.

### Jurisprudence

Citée par le juge Stevenson

**Arrêt appliqué:** *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; **distinction d'avec l'arrêt:** *Lortie c. La Reine*, [1985] C.A. 451; **arrêts mentionnés:** *Solomon v. McLaughlin*, [1982] 4 W.W.R. 415; *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978).

Citée par le juge Cory (dissident)

*Ex parte Drawbaugh*, 2 App. D.C. 404; *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947); *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966); *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *United States v. Mitchell*, 551 F.2d 1252 (1976); *United States v. Myers*, 635 F.2d 945 (1980); *United States v. Criden*, 648 F.2d 814 (1981); *In re National Broadcasting Co.*, 653 F.2d 609 (1981); *Belo Broadcasting Corp. v. Clark*, 654 F.2d 423 (1981); *United States v. Edwards*, 672 F.2d 1289 (1982); *United States v. Beckham*, 789 F.2d 401 (1986); *United States v. Webbe*, 791 F.2d 103 (1986); *Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the District of Nevada*, 798 F.2d 1289 (1986); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042.

**Statutes and Regulations Cited**

American Constitution, First Amendment, Sixth Amendment.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2(b), 24(2).  
*Defamation Act*, R.S.N.S. 1967, c. 72, s. 13(1)(b).  
 Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 30.11(6).

**Authors Cited**

Whelan, William J. "Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right" (1982), 50 *Fordham L. Rev.* 551.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1989), 91 N.S.R. (2d) 126, 233 A.P.R. 126, 41 C.C.C. (3d) 6, 71 C.R. (3d) 33, reversing a judgment of Glube C.J.T.D. (1988), 87 N.S.R. (2d) 29, 222 A.P.R. 29, granting appellant access to electronic tapes filed as exhibits in a criminal trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

*David G. Coles, James L. Connors and Danny J. Henry*, for the appellant.

*R. M. Endres and M. Smith, Q.C.*, for the respondent the Prothonotary of the Supreme Court of Nova Scotia at Halifax.

*Marguerite J. MacNeil, Kevin G. Coady and R. James Filliter*, for the respondent Nugent.

*Richard G. Dearden*, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Stevenson JJ. was delivered by

STEVENSON J.—The appellant appeals a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia Appeal Division refusing him access to electronic tapes filed as exhibits in the criminal trial of the respondent Nugent. The issue is whether the appellant, a journalist, is entitled to have access and copy those tapes which, while admitted at a trial, were held to be inad-

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b), 24(2).  
 Constitution des États-Unis, Premier amendement, Sixième amendement.  
*Defamation Act*, R.S.N.S. 1967, ch. 72, art. 13(1)b).  
 Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 30.11(6).

**b Doctrine citée**

Whelan, William J. «Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right» (1982), 50 *Fordham L. Rev.* 551.

c POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1989), 91 N.S.R. (2d) 126, 233 A.P.R. 126, 41 C.C.C. (3d) 6, 71 C.R. (3d) 33, qui a infirmé un jugement du juge en chef Glube de la Section de première instance (1988), 87 N.S.R. (2d) 29, 222 A.P.R. 29, qui a permis à l'appellant d'avoir accès à des bandes électroniques produites comme pièces dans le cadre d'un procès criminel. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

*David G. Coles, James L. Connors et Danny J. Henry*, pour l'appellant.

f *R. M. Endres et M. Smith, c.r.*, pour l'intimé le protonotaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse à Halifax.

g *Marguerite J. MacNeil, Kevin G. Coady et R. James Filliter*, pour l'intimé Nugent.

*Richard G. Dearden*, pour l'intervenante.

h Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Stevenson rendu par

i LE JUGE STEVENSON—L'appellant se pourvoit contre le jugement par lequel la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse lui a refusé l'accès à des bandes électroniques produites comme pièces lors du procès criminel de l'intimé Nugent. Il s'agit de déterminer si l'appellant, un journaliste, a le droit d'avoir accès à ces bandes et d'en obtenir copie.



missible by that Appeal Division, which acquitted Nugent.

In May 1987, Nugent was convicted, at trial, of second degree murder. At that trial, two forms of electronic tapes, prepared by the R.C.M.P., were admitted into evidence. One form of tape was audio cassettes, containing an alleged confession by Nugent to the killing of the victim. The other form was a video cassette of an alleged re-enactment of the killing by Nugent. These tapes became the basis of the Crown's case against Nugent and, ultimately, the basis of his conviction. The trial, the admission of the tapes into evidence, and information of their content, were reported in the media.

On May 10, 1988, in a four-to-one decision, the Appeal Division allowed Nugent's appeal of his conviction, set the conviction aside, and entered an acquittal. The majority of the Appeal Division ruled that the audio and video evidence was not obtained freely and voluntarily from Nugent, that it was obtained in violation of his right to counsel, and that its admission into evidence brought the administration of justice into disrepute.

On May 16, 1988, the appellant wrote to the Attorney General's Department requesting a copy of the audio and video tapes which were admitted at Nugent's trial. The appellant was advised to contact the Registrar of the Appeal Division, as custodian of such exhibits. The Registrar, by letter of May 19, 1988, indicated that he would not release the exhibits, either before or after the appeal period, which was still running. This refusal on the part of the Registrar eventually led to the appellant's bringing an application, as a member of the public, to obtain the tapes from the Registrar, as Prothonotary of the Supreme Court at Halifax.

In his application the appellant swore that he was a television producer "currently doing research on the topic of videotapes and their use by the police in

Ces bandes, bien qu'admisses en première instance, ont été déclarées inadmissibles par la Section d'appel qui a acquitté Nugent.

En mai 1987, Nugent a été déclaré coupable, à son procès, de meurtre au deuxième degré. Au cours de ce procès, deux sortes de bandes électroniques, préparées par la G.R.C., ont été admises en preuve. La première comportait des cassettes audio contenant ce qui serait une confession dans laquelle Nugent reconnaissait avoir tué la victime. L'autre bande était une vidéocassette montrant une prétendue reconstitution du meurtre commis par Nugent. Ces bandes sont devenues le fondement de la preuve de la poursuite contre Nugent et, finalement, celui de la déclaration de culpabilité. Le procès, l'utilisation des bandes en preuve, et des renseignements sur leur contenu, ont été rapportés par les médias.

Le 10 mai 1988, dans une décision de quatre juges avec une dissidence, la Section d'appel a accueilli l'appel que Nugent avait interjeté contre la déclaration de culpabilité, a annulé cette dernière et a prononcé l'acquittement. La majorité de la Section d'appel a statué que la preuve composée des bandes audio et vidéo n'avait pas été obtenue librement et volontairement de Nugent, qu'elle avait été obtenue en violation de son droit à l'assistance d'un avocat et que son utilisation avait eu pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

Le 16 mai 1988, l'appellant a écrit au ministre du Procureur général pour demander une copie des bandes audio et vidéo qui avaient été utilisées en preuve au procès de Nugent. On a conseillé à l'appellant de s'adresser au registraire de la Section d'appel, en sa qualité de dépositaire de ces pièces. Ce dernier, dans une lettre du 19 mai 1988, a indiqué qu'il ne remettrait pas ces pièces, ni avant ni après le délai d'appel, qui n'était pas encore expiré. Le refus opposé par le registraire a finalement amené l'appellant à présenter une requête, à titre de membre du public, en vue d'obtenir les bandes du registraire, en sa qualité de protonotaire de la Cour suprême à Halifax.

Dans sa requête, l'appellant a juré être un réalisateur de télévision [TRADUCTION] «qui faisait actuellement des recherches sur les vidéocassettes et leur uti-

recording confessions, re-enactments of crime and recording of surveillance activities". He swore that he had been denied access by the Prothonotary, who proposed releasing the exhibits to the Crown, but invited the appellant to apply to a Supreme Court judge in chambers.

The Prothonotary, in making his ruling, referred to Nova Scotia Civil Procedure Rule 30.11(6):

On the expiration of the time for appeal or on the disposition of the appeal, the prothonotary or registrar on his or her own initiative shall return the exhibits to the respective solicitors or parties who put the exhibits in evidence at the trial. . . .

Glube C.J.T.D. heard the application, hearing counsel for Nugent on the application as well as counsel for the appellant and the Prothonotary: (1988), 87 N.S.R. (2d) 29. She concluded that the appellant was entitled to access, including the right to make copies. In the course of her ruling she said, at p. 34:

I was not asked to rule on, nor does this application relate to, whether or not these videotapes and copies of audiotapes could be played on television. If that issue was before me, I would be prepared to put restrictions on the viewing, such as nondisclosure of the individual and location of the event, as well as blocking off the face of Mr. Nugent. However, on the actual application, I was unable to accept the argument of Mr. Coady on behalf of Mr. Nugent that the ends of justice require that I refuse the application in spite of the decision of the Court of Appeal and the remarks in *MacIntyre* [*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175] about protection of the innocent. Any violation of that protection has already occurred and controls over future publication could be imposed if the appropriate application is made.

Based on the case law cited, namely, *MacIntyre* and *Lortie* [*Re Regina and Lortie* (1985), 21 C.C.C. (3d) 436 (Que. C.A.)], I concluded that this was an appropriate case in which to grant the application for access to and permitting copying of the audio and videotapes as requested. I find their release does not bring the administration of justice into disrepute. The public interest

lisation par la police pour enregistrer des aveux, reconstituer des crimes et procéder à des activités de surveillance.» Il a juré que le protonotaire lui avait refusé l'accès aux bandes, que celui-ci se proposait de remettre les pièces au ministère public, mais qu'il avait invité l'appellant à adresser une requête à un juge de la Cour suprême siégeant en chambre.

Le protonotaire, en rendant sa décision, a renvoyé à la règle 30.11(6) des règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse:

[TRADUCTION] À l'expiration du délai d'appel ou lorsqu'il a été statué sur l'appel, le protonotaire ou le registraire remet, de son propre chef, les pièces aux avocats ou aux parties respectifs qui les ont produites en preuve au procès . . .

Le juge en chef Glube, de la Section de première instance, saisie de la requête, a entendu l'avocat de Nugent ainsi que ceux de l'appellant et du protonotaire: (1988), 87 N.S.R. (2d) 29. Elle a conclu que l'appellant avait un droit d'accès, ainsi que le droit de faire des copies. Dans sa décision, le juge Glube a dit ce qui suit, à la p. 34:

[TRADUCTION] On ne m'a pas demandé de statuer sur la question de savoir si ces vidéocassettes et des copies des bandes audio pourraient être présentées à la télévision, ce que ne vise pas cette requête. Si toutefois j'en étais saisie, je serais disposée à assortir la projection des bandes de restrictions, telles la non-divulgence de l'individu et du lieu de l'événement, ainsi que la dissimulation du visage de M. Nugent. Cependant, dans le cadre de la présente requête, il m'a été impossible de faire droit à l'argument que M<sup>e</sup> Coady a avancé pour le compte de M. Nugent, selon lequel les fins de la justice m'obligent à rejeter la requête en dépit de la décision de la Cour d'appel et des observations dans l'arrêt *MacIntyre* [*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175] concernant la protection des innocents. Toute violation possible de cette protection s'est déjà produite et des contrôles sur la publication future pourraient être imposés si la requête pertinente est présentée.

En me fondant sur la jurisprudence citée, savoir les arrêts *MacIntyre* et *Lortie* [*Lortie c. la Reine*, [1985] C.A. 451], j'ai conclu qu'il y avait lieu en l'espèce d'accueillir la requête présentée en vue d'avoir accès aux bandes audio et vidéo et d'obtenir la permission de les copier. J'estime que leur remise n'a pas pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. L'intérêt

outweighs any private interest. Had an application been made during the trial, it might well have been granted.

The appeal was argued before us on the basis that the issue was one of access; no question was raised regarding the right to copy if access were properly permitted. Moreover, counsel for the appellant suggested other uses that might be made of the copied tapes, for example, to criticize the decision of the Attorney General not to appeal the decision acquitting Nugent. The order of the chambers judge makes no restriction on the use to be made, and the appellant seeks an order from this Court, free of any restrictions upon the use of the copies. That order does not reserve any questions of use nor reserve any right of further application. Counsel for Vickery declined, during argument, to delineate the use to which the copies would be put.

Nugent was given party status in order to appeal the judgment of Glube C.J.T.D. Macdonald J.A. speaking for the Appeal Division reversed the judgment: (1989), 91 N.S.R. (2d) 126. After referring to *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, and *Solomon v. McLaughlin*, [1982] 4 W.W.R. 415 (Alta. Q.B.), he recognized the principle that the court is the keeper of its records and may exercise its discretion in excluding them from public access where the circumstances require. He added the following (at pp. 132-33):

The acquittal of Mr. Nugent . . . is equivalent to a finding of innocence with respect to any subsequent criminal proceedings. As a matter of public policy, it is my opinion that the acquittal should also be treated as the equivalent of a finding of innocence with respect to the right of the public to inspect, copy and publish the prejudicial material contained in the [respondent's] confessions. I recognize that the rule is that the public have a general right to inspect judicial records and documents. This right is not absolute but rather is one where, as Dickson [J.] said in *MacIntyre* [p. 189], "Every court has a supervisory and protecting power over its own records."

public l'emporte sur tout intérêt privé. Si une requête avait été présentée au cours du procès, elle aurait fort bien pu être accueillie.

a On a plaidé le pourvoi devant nous comme s'il s'agissait d'une question d'accès; on ne s'est pas interrogé sur le droit de copie si l'accès était régulièrement autorisé. En outre, l'avocat de l'appelant a invoqué d'autres utilisations possibles des copies des bandes, comme par exemple pour critiquer la décision du Procureur général de ne pas interjeter appel contre la décision d'acquitter Nugent. L'ordonnance du juge en chambre ne limite aucunement l'utilisation des copies et l'appelant demande à notre Cour une ordonnance qui soit également sans restriction quant à l'utilisation de ces copies. Cette ordonnance ne comporte aucune réserve touchant l'utilisation ni quant au droit de présenter une nouvelle requête. d L'avocat de Vickery a refusé, au cours des plaidoiries, de préciser l'utilisation qui serait faite de ces copies.

e Nugent a obtenu qualité de partie afin d'interjeter appel contre le jugement du juge en chef Glube. Le juge Macdonald, qui s'est exprimé pour la Section d'appel, a infirmé cette décision: (1989), 91 N.S.R. (2d) 126. Après avoir mentionné les affaires *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, et *Solomon v. McLaughlin*, [1982] 4 W.W.R. 415 (B.R. Alb.), il a reconnu le principe voulant que le tribunal soit le dépositaire de ses dossiers et qu'il relève de sa discrétion d'en interdire l'accès au public lorsque les circonstances l'exigent. Il a ajouté ce qui suit aux pp. 132 et 133:

[TRADUCTION] L'acquiescement de M. Nugent [. . .] équivaut à une déclaration d'innocence en ce qui concerne toute procédure criminelle subséquente. À titre de politique générale, j'estime que l'acquiescement devrait aussi être considéré comme l'équivalent d'une déclaration d'innocence en ce qui concerne le droit du public d'examiner, de copier et de publier les informations préjudiciables que comportent les aveux [de l'intimé]. Je reconnais que la règle veut que le public ait le droit général d'examiner les dossiers et documents judiciaires. Il s'agit non pas d'un droit absolu, mais plutôt d'un droit à l'égard duquel, comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *MacIntyre* [p. 189] «une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers».

In my opinion, Mr. Nugent comes within the exception to the general access rule with respect to innocent persons referred to in the *MacIntyre* case. There the fundamental principle that the innocent must be protected from unnecessary harm was held to override the public access interest in those cases where nothing is found upon the execution of a valid search warrant. That being so, in my view the protection of the innocent from unnecessary harm should prevail here and override the public access interest in Mr. Nugent's confessions.

In the hearing before us the appellant sought to argue that the prohibition of access was an infringement of his rights under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

That point was not pursued in the courts below. While this Court undoubtedly has a discretion to entertain arguments not developed in the courts below, I would not extend that privilege to the appellant in this case. Had the point been raised in chambers, the parties would have had the right to lead evidence. We would have had the benefit of the reasoning of the courts below. If the issue had been clearly raised, interested parties might have sought to intervene even though no constitutional question in the technical sense of that term was raised. I note in passing, however, that if the appellant were to succeed on the *Charter* ground, the effect would be to impose a gloss upon rule 30.11(6).

In my view this Court should not entertain the *Charter* argument at this stage.

I turn then to the matters to be considered in judging whether to grant access to filed exhibits. In my view, the Appeal Division was correct in concluding that Nugent's privacy interests as a person acquitted of a crime outweigh the public right of access to exhibits judicially determined to be inadmissible against him.

The case of *Re Regina and Lortie*, [1985] C.A. 451, 21 C.C.C. (3d) 436, to which the chambers judge referred, is distinguishable. In that case, the

À mon sens, M. Nugent est visé par l'exception à la règle générale d'accès concernant les personnes innocentes dont il est question à l'arrêt *MacIntyre*. Dans cet arrêt, il a été statué que le principe fondamental selon lequel les innocents doivent être protégés contre tout préjudice inutile l'emporte sur le droit d'accès du public lorsque l'exécution d'un mandat de perquisition valide ne révèle rien. Cela étant, j'estime que la protection des innocents contre tout préjudice inutile s'impose en l'espèce et doit l'emporter sur le droit qu'a le public d'avoir accès aux aveux de M. Nugent.

À l'audience devant nous, l'appelant a cherché à faire valoir que l'interdiction d'accès constituait une violation des droits que lui confère l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

On ne s'est pas attardé sur ce point devant les tribunaux d'instance inférieure. Bien que notre Cour ait sans aucun doute le pouvoir discrétionnaire d'entendre des arguments qui n'ont pas été développés par les tribunaux d'instance inférieure, je n'accorderais pas ce privilège à l'appelant en l'espèce. Ce point eut-il été soulevé devant le juge en chambre, que les parties auraient eu le droit de soumettre leur preuve. Nous aurions bénéficié du raisonnement des tribunaux d'instance inférieure. Si la question avait été clairement soulevée, des parties intéressées auraient pu chercher à intervenir bien qu'aucune question constitutionnelle proprement dite n'ait été soulevée. Je souligne, toutefois, en passant, que si on devait faire droit au moyen de l'appelant fondé sur la *Charte*, cela aurait pour effet d'ajouter à la règle 30.11(6).

À mon sens, notre Cour ne devrait pas étudier le moyen fondé sur la *Charte* à ce stade-ci.

J'en arrive maintenant aux questions pertinentes à la décision de donner accès aux pièces produites. À mon avis, la Section d'appel a eu raison de conclure que le droit de Nugent à la protection de sa vie privée en qualité de personne acquittée d'un crime l'emporte sur le droit du public d'avoir accès à des pièces judiciairement déclarées irrecevables en preuve contre lui.

L'affaire *Lortie c. La Reine*, [1985] C.A. 451, à laquelle a renvoyé le juge en chambre, se distingue de l'espèce. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir

question was whether, pending the disposition of an appeal, there should be a temporary prohibition against the showing of tapes which were exhibits and had been copied. The majority of the Quebec Court of Appeal granted the prohibition. L'Heureux-Dubé J.A. (as she then was) dissented. Her comments were stressed before us. Her strong defence of the openness concept accords with the views of this Court in *MacIntyre*. In *Lortie*, the accused, whose privacy interests would be of paramount concern, supported the showing of the tapes. L'Heureux-Dubé J.A. was very careful to note (at p. 443 C.C.C.) that the question of copying and broadcasting of the tapes after the Court of Appeal had given its decision was not before the court. That question was before the Nova Scotia Appeal Division and is before us.

In *MacIntyre*, the other case to which the chambers judge referred, the press sought access to search warrants and supporting material. Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, noted that it was unwise to attempt any comprehensive definition of the right of access (p. 183), and pointed out the competing policy considerations of respect for individual privacy and the need for "openness" in respect of judicial acts. This Court concluded that protection of the innocent would override public access, but that where the warrant was executed and something found the parties affected and the public should have access to the material upon which the warrant had been issued. Because a search warrant is issued *in camera*, allowing access to the materials in those circumstances serves public accessibility and concomitant judicial accountability (p. 186).

In this appeal, the exhibits were presented at an open trial to which there was public access and, indeed, information relating to them was publicly discussed.

I have already noted that the heart of *MacIntyre* is public accessibility as an important ingredient of judicial accountability. The applicant, in his sworn

si, en attendant l'issue d'un appel, il devrait y avoir interdiction temporaire de montrer des bandes qui étaient des pièces et avaient été copiées. La majorité de la Cour d'appel du Québec a prononcé l'interdiction. Le juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge puîné de notre Cour) était dissidente. Ses commentaires nous ont été soulignés. Sa vigoureuse défense du concept de la transparence est en accord avec le point de vue exprimé par notre Cour dans l'arrêt *MacIntyre*. Dans l'affaire *Lortie*, l'accusé, dont le droit à la protection de sa vie privée était d'importance primordiale, était en faveur du visionnement des bandes. Le juge L'Heureux-Dubé a bien pris soin de souligner (à la p. 456) que la question de la copie et de la diffusion des bandes après que la Cour d'appel eût rendu sa décision, n'était pas soumise à la cour. Cette même question a été soumise à la Section d'appel de la Nouvelle-Écosse et nous en sommes également saisis.

Dans l'affaire *MacIntyre*, l'autre affaire mentionnée par le juge en chambre, la presse cherchait à avoir accès à des mandats de perquisition et pièces justificatives. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant pour la majorité, a noté qu'il était peu sage de tenter de donner une définition exhaustive du droit d'accès (p. 183) et a souligné les principes généraux opposés que sont le respect de la vie privée des particuliers et le besoin de «transparence» des procédures judiciaires. Notre Cour a conclu que la protection de l'innocent l'emportait sur l'accès du public, mais que, dans les circonstances où l'exécution d'un mandat révélait quelque chose, les parties concernées et le public devraient avoir accès à la documentation qui avait donné lieu à la délivrance du mandat. Parce qu'un mandat de perquisition est décerné à huis clos, l'accès à la documentation dans ces circonstances favorise l'ouverture au public et son corollaire, la responsabilité judiciaire (p. 186).

Dans le présent pourvoi, les pièces ont été produites dans le cadre d'un procès ouvert auquel le public avait accès et, en fait, les renseignements qui s'y rapportent ont effectivement été discutés publiquement.

J'ai déjà souligné que le noeud de l'affaire *MacIntyre* est l'accessibilité du public en tant qu'élément important de la responsabilité judiciaire. Le requé-

affidavit in support of this application, makes no claim to serve that interest. He does not indicate that these tapes are to be used to engage in some scrutiny of the judicial process. Public access to the trial and appellate process in which these exhibits were discussed was in no way impeded and there is no basis on the material before us for concluding that unrestricted dissemination of them would make any meaningful contribution to scrutiny.

I believe that the Appeal Division was correct in applying the principles in *MacIntyre* and concluding that the interests of Nugent outweighed those put forward by the appellant.

In my view, the chambers judgment fails to recognize four significant factors that come into play in deciding whether the appellant should be given access to (and thus the ability to copy and disseminate) these exhibits. (I note that these points may not have been put to the chambers judge in argument). The factors are:

- 1) The nature of exhibits as part of the court "record".
- 2) The right of the court to inquire into the use to be made of access, and to regulate it.
- 3) The fact that the exhibits were produced at trial and open to public scrutiny and discussion so that the open justice requirement had been met.
- 4) That those subjected to judicial proceedings must undergo public scrutiny of what is said at trial or on appeal and contemporaneous discussion is protected, but different considerations may govern when the process is at an end and the discussion removed from the hearing context.

1) The Nature of Exhibits as Part of the Court "Record"

An exhibit is not a court record of the same order as records produced by the court, or pleadings and affidavits prepared and filed to comply with court

rant, dans l'affidavit qu'il présente à l'appui de sa requête, ne prétend pas servir cet intérêt. Il n'indique pas que ces bandes seront utilisées aux fins d'examiner le processus judiciaire. L'accès du public au procès et au niveau de l'appel où ces pièces ont fait l'objet de débat n'a nullement été gêné et il n'y a rien dans la preuve dont nous sommes saisis qui permette de conclure que leur diffusion sans restriction contribuerait utilement à un tel examen.

Je crois que la Section d'appel a eu raison d'appliquer les principes de l'arrêt *MacIntyre* et de conclure que les droits de Nugent l'emportaient sur ceux que l'appellant a fait valoir.

À mon sens, la décision du juge en chambre ne tient pas compte de quatre facteurs importants qui entrent en jeu lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de permettre à l'appellant d'avoir accès aux pièces (et ainsi de lui donner la possibilité de les copier et de les diffuser). (Je souligne que ces aspects peuvent ne pas avoir été soumis au juge en chambre au cours de l'argumentation). Ces facteurs sont les suivants:

- 1) La nature des pièces en tant que partie du «dossier» du tribunal.
- 2) Le droit du tribunal de s'enquérir de l'usage que l'on entend faire de la communication des pièces, et son droit de réglementer cet usage.
- 3) La production des pièces au procès et la possibilité pour le public d'en prendre connaissance et d'en discuter de sorte qu'il y a eu respect de l'exigence de transparence des procédures judiciaires.
- 4) Ceux qui font l'objet de procédures judiciaires doivent se soumettre à l'examen par le public de ce qui s'est dit en première instance ou en appel, et la discussion au moment de ces instances est protégée, mais des considérations différentes peuvent s'appliquer lorsque le processus est complété et que la discussion ne se fait plus dans le cadre de l'audition.

1) La nature des pièces en tant que partie du «dossier» du tribunal

Une pièce n'est pas un document du tribunal au même titre que les dossiers produits par le tribunal, ou que les actes de procédure et les affidavits pré-

requirements. Exhibits are frequently the property of non-parties and there is, ordinarily, a proprietary interest in them. When they have served the purpose for their filing they are ordinarily at the disposition of the person who produced them. While they remain in its custody, the court has a duty to pass upon any request for access. That function is ordinarily exercised by its officers, such as the prothonotary here, but the court having custody of the exhibits has supervision over their use. The chambers judge here noted the Nova Scotia rule which directs that exhibits be turned over to the party producing them (rule 30.11(6), *supra*). She observed that the reason for the rule was to relieve the court of the task of storing unwanted exhibits. The rule, however, reflects the fact that exhibits are not the property of the court.

While proprietary interests are not stressed by any of the parties before us, they are relevant to characterizing the nature of exhibits in balancing the interests of competing parties. Ordinarily the person entitled to possession would be a party to any application for access to them. Here, Nugent was a party to their creation.

I note that counsel here suggested that someone might want access to the tapes for the purpose of preparing educational programmes for the police. If that were the object of the request, the police, who probably own them, might well have some view to express.

Once exhibits have served their purpose in the court process, the argument based on unfettered access as part of the open process lying at the heart of the administration of justice loses some of its pre-eminence.

## 2) The Right of the Court to Inquire Into the Use to be Made of Access, and to Regulate It

It follows that the court, as the custodian of the exhibits, is bound to inquire into the use that is to be made of them and, in my view, is fully entitled to regulate that use by securing appropriate undertak-

parés et déposés en conformité des exigences du tribunal. Les pièces appartiennent souvent à des tiers qui ont ordinairement sur elles un droit de propriété. Lorsqu'elles ont servi la fin pour laquelle elles ont été déposées, elles sont généralement mises à la disposition de la personne qui les a produites. Pendant qu'il en est dépositaire, le tribunal a l'obligation de statuer sur toute demande d'accès. Ce sont ordinairement les officiers du tribunal, comme le protonotaire en l'occurrence, qui exercent cette fonction, mais le tribunal étant dépositaire des pièces, il en contrôle l'utilisation. Le juge en chambre fait mention de la règle de la Nouvelle-Écosse qui prescrit la remise des pièces à la partie qui les a produites (règle 30.11(6), précitée). Elle souligne que cette règle a pour but d'éviter au tribunal d'avoir à conserver des pièces dont elle n'a plus besoin. La règle reflète cependant le fait que les pièces n'appartiennent pas au tribunal.

Bien qu'aucune des parties en l'espèce ne fasse valoir un droit de propriété, celui-ci a son importance lorsqu'il s'agit de qualifier la nature des pièces en soupesant les droits des parties en présence. Ordinairement, la personne qui a droit à la possession des pièces est une partie à la requête visant à y avoir accès. En l'espèce, Nugent a participé à leur création.

Je note qu'un des avocats a laissé entendre ici que l'on pourrait demander l'accès aux bandes afin de préparer des programmes éducatifs pour la police. Si c'était là l'objet de la requête, la police, qui est probablement propriétaire des bandes, pourrait fort bien avoir des opinions à formuler.

Une fois que les pièces ont servi leur objet au sein du processus judiciaire, perd quelque peu de sa pré-éminence l'argument fondé sur le libre accès comme partie intégrante de la transparence du processus judiciaire qui est au cœur même de l'administration de la justice.

## 2) Le droit du tribunal de s'enquérir de l'usage que l'on entend faire de la communication des pièces, et son droit de réglementer cet usage

Il s'ensuit que le tribunal, en sa qualité de dépositaire des pièces, est tenu de s'enquérir de l'usage que l'on entend en faire et, à mon sens, il a pleins pouvoirs pour réglementer cet usage en obtenant les

ings and assurances if those be advisable to protect competing interests. Nugent has put forward a genuine interest in the disposition of the tapes. He was a participant in their creation, a creation found to have been a violation of his constitutional rights, and the court ought to take steps to protect his legitimate interests.

In exercising its supervisory powers over material surrendered into its care, the court may regulate the use made of it. In circumstances such as these I do not think it right to say, as the chambers judge suggested, that Nugent must initiate other proceedings to protect or promote his privacy interests. While subsequent proceedings might lie, the court is, on the application, able to obviate that step. There is no need for a multiplicity of proceedings, nor should someone in the position of Nugent run the risk of bolting the laboratory door after the virus has not only been removed, but reproduced. In an application of this nature the court must protect the respondent and accommodate the public interest in access. This can only be done in terms of the actual purpose and, in the face of obvious prejudice and the absence of a specific purpose, the order for unrestricted access and reproduction should not have been made.

### 3) The Fulfillment of the Open Justice Requirement

The exhibits were produced at trial and open to public scrutiny and discussion so that the open justice requirement had been met.

I do not, for one moment, gainsay the importance of the principle that justice must be administered openly, but I am inclined to agree with the observation of Powell J. of the United States Supreme Court, quoted by Macdonald J.A. in the judgment appealed from, at p. 131, that “[t]he requirement of a public trial is satisfied by the opportunity of members of the public and the press to attend the trial and to report

engagements et les garanties utiles à la protection des droits en présence. Nugent a fait valoir qu’il a un intérêt réel à l’usage que l’on fera des bandes. Il a participé à leur création qui a été jugée contraire à ses droits constitutionnels, et le tribunal devrait prendre des mesures pour protéger ses droits légitimes.

Dans l’exercice de ses pouvoirs de surveillance sur la documentation qui lui est confiée, le tribunal peut en réglementer l’usage. Dans des circonstances comme celles de l’espèce, je ne crois pas qu’il soit juste d’affirmer, comme l’a laissé entendre le juge en chambre, que Nugent doit entamer d’autres procédures pour protéger ou défendre son droit au respect de sa vie privée. Bien qu’il puisse y avoir ouverture à d’autres procédures, il est possible à la cour, saisie de la requête, d’éviter cette démarche. Nul n’est besoin de multiplier les procédures, et personne, dans la situation de Nugent, ne devrait courir le risque de verrouiller la porte du laboratoire après que le virus ait non seulement été retiré, mais aussi reproduit. Face à une requête de ce genre, il incombe au tribunal de protéger l’intimé tout en respectant l’intérêt du public à ce qu’il y ait accès aux pièces. Or cela ne peut se faire qu’en fonction du but qui est en fait visé. Devant un préjudice manifeste et en l’absence d’un but précis, l’ordonnance permettant le libre accès et la reproduction n’aurait pas dû être rendue.

### 3) Le respect de l’exigence de transparence des procédures judiciaires

Les pièces ont été produites au procès et le public a pu en prendre connaissance et en discuter, de sorte qu’il y a eu respect de l’exigence de transparence des procédures judiciaires.

Je ne conteste pas le moins du monde l’importance du principe selon lequel la justice doit être administrée publiquement, mais je suis porté à souscrire à l’observation qu’a faite le juge Powell de la Cour suprême des États-Unis, citée par le juge Macdonald dans le jugement dont il est interjeté appel, à la p. 131, selon laquelle [TRADUCTION] «[l]a possibilité qu’ont les membres du public et les médias d’assister au procès et de rapporter ce qu’ils y ont observé satisfait à l’exigence d’un procès public.» (*Nixon v. War-*



what they have observed.” (*Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 610.)

In the course of that judgment, Powell J. noted that the court having custody of records and other material has a responsibility to exercise an informed discretion “with a sensitive appreciation of the circumstances that led to their production” (p. 603). As none of the United States authorities to which I have been referred deal with the copying of inadmissible exhibits, I am unable to say what conclusion a court in the United States would reach, but I am persuaded that conclusion is, in the United States, as here, reached upon a balancing of the interests at the time access is sought.

I am not persuaded that the court appealed from erred in its conclusion that the chambers judge had given insufficient weight to Nugent’s privacy rights, rights he holds after a judicial acquittal. He surrendered that privacy during the trial process, but he did not surrender it for all time.

#### 4) Non-Contemporaneous Public Scrutiny

Those subjected to judicial proceedings must undergo public scrutiny of what is said at trial or on appeal and contemporaneous discussion is protected, but different considerations may govern when the process is at an end and the discussion removed from the hearing context.

Nugent’s privacy was surrendered to the judicial process. Public access to and reporting of those proceedings is a price that he and any other accused must pay in the interests of ensuring the accountability of those engaged in the administration of justice. This principle is reflected in the special privilege that our law has traditionally accorded those who report judicial proceedings. Yet, modern defamation statutes restrict that privilege to contemporaneous reporting (see for example s. 13(1)(b) of the *Defamation Act*, R.S.N.S. 1967, c. 72, which is also c. D-3 of the C.S.N.S.). The reason, I suggest, is obvious. Fair, accurate, contemporaneous reports are likely to be balanced, to display the full context, and to expose

*ner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), à la p. 610.)

Dans ce jugement, le juge Powell a noté que la cour, étant dépositaire des dossiers et d’autres pièces, est tenue d’exercer un pouvoir discrétionnaire éclairé, [TRADUCTION] «en tenant délicatement compte des circonstances qui ont mené à leur production» (p. 603). Comme aucune décision américaine portée à mon attention ne traite de la copie de pièces irrecevables en preuve, je ne puis dire quelle serait la conclusion d’un tribunal américain. Je suis toutefois convaincu qu’aux États-Unis comme ici cette conclusion se fonde sur une appréciation des intérêts en jeu au moment de la demande d’accès.

Je ne suis pas convaincu que la cour dont la décision fait l’objet du pourvoi a commis une erreur en concluant que le juge en chambre n’avait pas accordé suffisamment de poids au droit de Nugent à la protection de sa vie privée, droit qui est le sien à la suite d’un acquittement judiciaire. Il a renoncé à ce droit pendant la durée du procès, mais il n’y a pas renoncé pour toujours.

#### 4) L’examen public ultérieur

Ceux qui font l’objet de procédures judiciaires doivent se soumettre à l’examen par le public de ce qui s’est dit en première instance ou en appel, et la discussion durant ces instances est protégée, mais des considérations différentes peuvent s’appliquer lorsque le processus tire à sa fin et que la discussion ne se fait plus dans le cadre de l’audition.

Le droit de Nugent au respect de sa vie privée s’est trouvé suspendu pendant le processus judiciaire. L’accès du public à ces procédures et la publicité qu’elles reçoivent est le prix que Nugent et tout autre accusé doivent payer afin d’assurer que soient redevables de leurs actes ceux qui sont chargés de l’administration de la justice. Ce principe se reflète dans le privilège spécial que notre droit a traditionnellement accordé à ceux qui font le compte rendu des procédures judiciaires. Cependant, les lois contemporaines en matière de diffamation restreignent ce privilège aux comptes rendus faits au moment des audiences (voir, par exemple, l’al. 13(1)(b) de la *Defamation Act*, R.S.N.S. 1967, ch. 72, qui est aussi le ch. D-3

the arguments on both sides. The subsequent release and publication of selected exhibits is fraught with risk of partiality, with a lack of fairness. Those policy considerations which form our attitude towards the openness of the administration of justice are relevant to an application such as this. Nugent cannot escape from proceedings in which he was involved, nor from the fair and accurate reporting of them, but the courts must be careful not to become unwitting parties to his harassment by facilitating the broadcasting of material which was found to have been obtained in violation of his fundamental rights.

As Dickson J. observed in *MacIntyre*, at p. 184:

In short, what should be sought is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent . . . .

Before us counsel suggested that there might be scope for challenging the decision of the Attorney General not to appeal Nugent's acquittal by the Appeal Division and the tapes could be used to that end. I am by no means persuaded that it is necessary to go beyond the proceedings in the trial and appeal to make that challenge.

### Conclusion

While *MacIntyre* did not address access to or copying of exhibits, the principles discussed there must, *a fortiori*, apply to them.

In *MacIntyre*, Dickson J. said this (at pp. 186-87):

In my view, curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance. One of these is the protection of the innocent.

The appellant would have us interpret the expression "innocent person" extremely narrowly. Dickson

des C.S.N.S.). J'estime que la raison en est évidente. Les comptes rendus immédiats, équitables et exacts sont susceptibles d'être équilibrés, de reproduire le contexte entier de l'affaire et d'exposer les arguments des deux parties. Mais la diffusion et la publication subséquentes de pièces choisies risquent fort d'être entachées de partialité et d'un manque d'équité. Ces considérations de principe qui forment notre attitude à l'égard de la transparence de l'administration de la justice sont pertinentes dans une requête comme celle-ci. Nugent ne saurait échapper aux procédures auxquelles il a participé, ni à leur compte rendu équitable et exact, mais les tribunaux doivent se garder de participer inconsciemment à son harcèlement en facilitant la diffusion de pièces déclarées avoir été obtenues en violation de ses droits fondamentaux.

Ainsi que l'a fait observer le juge Dickson dans l'arrêt *MacIntyre*, à la p. 184:

En bref, ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent . . . .

L'avocat de l'appelant a laissé entendre devant nous qu'il pourrait y avoir lieu de contester la décision du Procureur général de ne pas en appeler de l'acquiescement de Nugent par la Section d'appel, et que les bandes pourraient être utilisées à cette fin. Je ne suis aucunement persuadé qu'il soit nécessaire d'aller au-delà des procédures de première instance et d'appel pour faire cette contestation.

### Conclusion

Bien que la question de l'accès aux pièces ou de leur reproduction ne soit pas abordée dans l'arrêt *MacIntyre*, les principes qui y sont exposés doivent à plus forte raison s'y appliquer.

Le juge Dickson écrit, dans l'arrêt *MacIntyre* (aux pp. 186 et 187):

À mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance. C'est notamment le cas de la protection de l'innocent.

L'appelant souhaite que nous donnions à l'expression «personne innocente» une interprétation très res-

J. did not claim to define exhaustively the limitations of rights of access. He said this (at p. 183):

By reason of the relatively few judicial decisions it is difficult, and probably unwise, to attempt any comprehensive definition of the right of access to judicial records or delineation of the factors to be taken into account in determining whether access is to be permitted.

He also spoke of innocent persons who were the subject of search warrants as entitled to protection from “the stigmatization to name and reputation which would follow publication of the search” (p. 187).

I find it difficult to fathom how Nugent could be considered anything other than an innocent person within *MacIntyre*. Someone who has been accused and convicted of a serious crime on the basis of self-incriminating evidence obtained in violation of his *Charter* rights should not be made to bear the stigma resulting from unrestricted repetition of the very same illegally obtained evidence.

The Appeal Division was correct in concluding that Nugent’s privacy interests outweighed the appellant’s interests in viewing and disseminating the exhibits.

It may be said that the order of the chambers judge was discretionary in nature. I am not satisfied that it should be so characterized and, as the point was not made by the appellant, authorities supporting that characterization were not advanced. However, assuming the order was “discretionary”, the chambers judge did not have all the relevant considerations before her, gave insufficient weight to Nugent’s innocence and should have insisted upon the proposed use being specified so that any order could be crafted accordingly. In my view it was wrong to give an order, let alone an unrestricted order.

I would dismiss the appeal, with costs to the respondent Nugent, with no costs for or against the Prothonotary or the Attorney General.

Le juge Dickson n’a cependant pas prétendu définir exhaustivement les restrictions des droits d’accès. Il a dit à ce propos (à la p. 183):

En raison du petit nombre de décisions judiciaires, il est difficile, et probablement peu sage, de vouloir donner une définition exhaustive du droit de consulter les dossiers judiciaires ou une délimitation précise des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s’il faut en permettre la consultation.

De plus, il a dit des personnes innocentes visées par des mandats de perquisition qu’elles avaient droit à la protection contre «l’opprobre qui entacherait leur nom et leur réputation du fait de la publicité de la perquisition» (p. 187).

Il m’est difficile de comprendre comment Nugent pourrait être considéré autrement que comme une personne innocente au sens de l’arrêt *MacIntyre*. Une personne qui, sur la foi d’une preuve incriminante obtenue contrairement aux droits dont elle jouit selon la *Charte*, a été accusée et reconnue coupable d’un crime grave, ne devrait pas avoir à subir l’opprobre qui résulterait de la reproduction, sans restriction, de cette même preuve qui a été obtenue illégalement.

C’est à bon droit que la Section d’appel a conclu que le droit de Nugent à la protection de sa vie privée l’emportait sur le droit de l’appellant d’examiner et de diffuser les pièces.

On pourrait prétendre que l’ordonnance du juge en chambre relevait de sa discrétion. Pour ma part, je ne suis pas convaincu qu’elle devrait être qualifiée ainsi et, comme l’appellant n’a pas fait valoir ce point, aucune jurisprudence n’a été invoquée à l’appui de cette qualification. Dans l’hypothèse, toutefois, qu’il s’agisse d’une ordonnance «discrétionnaire», le juge en chambre ne disposait pas de tous les éléments pertinents, a attaché trop peu d’importance à l’innocence de Nugent et aurait dû insister pour que l’utilisation projetée soit précisée afin qu’une ordonnance puisse être conçue en conséquence. À mon avis, c’était une erreur que de rendre une ordonnance, à plus forte raison d’en rendre une sans restriction.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l’intimé Nugent, et sans frais en faveur du protonotaire ou du Procureur général ou contre eux.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. were delivered by

CORY J. (dissenting)—I have read with great interest the reasons of my colleague Justice Stevenson <sup>a</sup> but, with respect, I cannot agree with them.

#### The Principles that Must be Weighed in the Balance

There are two principles of fundamental importance to our democratic society which must be weighed in the balance in this case. The first is the right to privacy which inheres in the basic dignity of the individual. This right is of intrinsic importance to the fulfilment of each person, both individually and as a member of society. Without privacy it is difficult for an individual to possess and retain a sense of self-worth or to maintain an independence of spirit and thought.

The second principle is that courts must, in every phase and facet of their processes, be open to all to ensure that so far as is humanly possible, justice is done and seen by all to be done. If court proceedings, and particularly the criminal process, are to be accepted, they must be completely open so as to enable members of the public to assess both the procedure followed and the final result obtained. Without public acceptance, the criminal law is itself at risk.

In this appeal an appropriate balance must be struck between the right to privacy and the principle of open courts.

#### The American Experience

At the outset, it may be of assistance to consider the American experience in the field. This review should be conducted carefully and cautiously, bearing in mind the differences between the American Constitution and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as well as the differences in the history and background of the two countries. The examination is undertaken not with the aim of slavishly following the American decisions, but rather to benefit

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendus par

LE JUGE CORY (dissent)—C'est avec un grand intérêt que j'ai lu les motifs de mon collègue le juge Stevenson, mais, avec égards, je ne puis y souscrire.

#### Les principes à prendre en considération

<sup>b</sup> Nous devons en l'espèce tenir compte de deux principes fondamentalement importants dans notre société démocratique. Il s'agit en premier lieu du droit au respect de la vie privée, lequel fait partie intégrante de la dignité essentielle de l'individu. Ce droit revêt une importance capitale pour l'épanouissement de chacun, aussi bien en tant qu'individu qu'en tant que membre de la société. En effet, une personne dont la vie privée n'est pas respectée peut <sup>c</sup> difficilement posséder et conserver un sens de sa valeur personnelle ou demeurer indépendante en esprit et en pensée.

Suivant le second principe, les tribunaux se doivent, à toutes les étapes et sous tous les aspects de leurs procédures, d'être ouverts à tous pour que, dans toute la mesure du possible, justice soit faite, et ce, d'une manière qui soit évidente pour tous. Le processus judiciaire, notamment en matière criminelle, ne sera accepté que s'il est complètement transparent, de façon à permettre au public d'évaluer aussi bien la procédure suivie que la décision finale. Sans l'acceptation du public, c'est le droit criminel lui-même qui est en péril.

Il nous faut en l'espèce établir un juste équilibre entre le droit au respect de la vie privée et le principe de la transparence des procédures judiciaires.

#### L'expérience américaine

Il est peut-être utile de commencer par examiner l'expérience américaine dans ce domaine. C'est un examen à mener soigneusement et avec prudence, sans perdre de vue les différences entre la Constitution américaine et la *Charte canadienne des droits et libertés* ni celles marquant l'histoire et l'évolution des deux pays. Nous l'entreprenons, cet examen, non pas dans l'intention de suivre servilement les décisions américaines, mais bien dans le but de profiter

from the discussions and learning which have emanated from the American jurisprudence and scholarship.

A. *Contrasting the English and American Approaches*

Courts in both England and the United States have traditionally recognized the existence of a common law right to inspect and copy judicial records. This right has often been referred to as a "right of access". It has a long and honoured history, gaining recognition as early as the fourteenth century. In 1644, Lord Coke advocated an unrestricted right of access to judicial records. In England, however, while all persons enjoyed a general right of access, only those with an evidentiary or proprietary interest in the records were able to enforce their right if it were denied them.

The American approach, on the other hand, was based on a clear general right of access to court records, the enforcement of which was not restricted to those asserting a special interest in the documents. Generally, the American approach has favoured access for all citizens. As early as 1894, American courts recognized the right of access to judicial records including transcripts, evidence and other material. They did so on the basis that the denial of access would be an attempt to maintain secrecy in judicial records and would conflict with "the common understanding of what belongs to a public court of record, to which all persons have the right of access, and to its records, according to long established usage and practice". See *Ex parte Drawbaugh*, 2 App. D.C. 404, at pp. 407-8.

B. *The United States Supreme Court and the Open Court Principle*

The open court principle has two facets. The first is the right of the public and of the media, as members or agents of the public, to attend trials and court proceedings and to report on all that transpires. The second facet is the right of the public to scrutinize and criticize the judicial process. In order to exercise

des analyses érudites que renferment la jurisprudence et la doctrine américaines.

A. *Ce en quoi diffèrent les approches anglaise et américaine*

Tant en Angleterre qu'aux États-Unis les tribunaux ont traditionnellement admis l'existence d'un droit en common law d'examiner et de copier les dossiers judiciaires. Souvent appelé «droit d'accès», ce droit vieux et vénérable était reconnu déjà au XIV<sup>e</sup> siècle. En 1644, lord Coke préconisait un droit illimité de consulter les dossiers judiciaires. En Angleterre cependant, si tout le monde jouissait d'un droit général d'accès aux dossiers, étaient seules habilitées à faire respecter ce droit dans le cas où l'on y portait atteinte les personnes qui possédaient sur ces dossiers un droit de propriété ou un droit en matière de preuve.

Aux États-Unis, par contre, il existait un droit général et incontestable de consulter les dossiers judiciaires et ce n'était pas seulement les personnes alléguant un droit particulier sur les documents qui étaient admissibles à faire valoir ce droit général. La tendance générale aux États-Unis a été d'en permettre la consultation à tous. Dès 1894, les tribunaux américains reconnaissaient le droit de consulter les dossiers judiciaires, notamment les transcriptions et les éléments de preuve. La raison en était que refuser l'accès constituerait une tentative de garder secrets les dossiers judiciaires, ce qui irait à l'encontre de [TRADUCTION] «l'opinion courante quant à ce qui relève d'un tribunal public d'archives auquel, et aux dossiers duquel, tous ont droit d'accès en conformité avec un usage et une pratique depuis longtemps établis». Voir *Ex parte Drawbaugh*, 2 App. D.C. 404, aux pp. 407 et 408.

B. *La Cour suprême des États-Unis et le principe de la transparence des procédures judiciaires*

Le principe de la transparence des procédures judiciaires comporte deux volets. Il y a d'abord le droit du public, et des médias en tant que membres ou représentants du public, d'assister aux procès et aux procédures judiciaires et de rapporter tout ce qui s'y passe. Le second élément est le droit du public d'exa-

this right effectively, it is necessary to have full access to the information upon which such scrutiny and criticism may be based.

The United States Supreme Court has on several occasions emphasized the importance of public scrutiny of the judicial process. In *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947), the court stressed the public nature of court proceedings and vindicated the right of members of the press to report on them. In his reasons, Douglas J. stated, at p. 374: "A trial is a public event. What transpires in the court room is public property. . . . Those who see and hear what transpired can report it with impunity."

The importance of the press in securing the principle of open courts and court processes was emphasized again by the U.S. Supreme Court in *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966), where it stated (at p. 350):

A responsible press has always been regarded as the handmaiden of effective judicial administration, especially in the criminal field. . . . The press does not simply publish information about trials but guards against the miscarriage of justice by subjecting the police, prosecutors, and judicial processes to extensive public scrutiny and criticism.

In *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975), the Supreme Court stressed the importance of the public's right to know the contents of public records. Although recognizing the legitimacy of privacy concerns, the court relied on the First Amendment to conclude (at p. 491) that the State could not

impose sanctions on the accurate publication of the name of a rape victim obtained from public records—more specifically, from judicial records which are maintained in connection with a public prosecution and which themselves are open to public inspection.

The court emphasized the need in modern society for full and open access to public records. It stated (at p. 495):

miner et de critiquer le processus judiciaire. L'exercice efficace de ce droit tient à l'accès sans restriction aux renseignements sur lesquels peut se fonder cet examen critique.

La Cour suprême des États-Unis a souligné à plusieurs reprises l'importance de l'examen public du processus judiciaire. Dans l'arrêt *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947), la cour a insisté sur le caractère public des procédures judiciaires et a confirmé par la même occasion le droit de la presse d'en faire le compte rendu. On lit dans les motifs du juge Douglas, à la p. 374, que [TRADUCTION] «Un procès est un événement public. Ce qui se produit dans la salle d'audience appartient au domaine public [. . .] Il est permis à ceux qui y assistent de rapporter impunément ce qu'ils ont vu et entendu.»

L'importance du rôle joué par la presse dans le maintien du principe de la transparence des procédures judiciaires a été soulignée de nouveau par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966), à la p. 350:

[TRADUCTION] Une presse responsable a toujours été considérée comme contribuant à l'efficacité de l'administration judiciaire, surtout en matière pénale. [. . .] La presse ne fait pas que publier des renseignements concernant les procès; elle offre aussi une protection contre les erreurs judiciaires en soumettant, publiquement, à un minutieux examen critique la police, les poursuivants et les procédures judiciaires.

Dans l'arrêt *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975), la Cour suprême a fait ressortir l'importance du droit du public d'être informé de la teneur des dossiers publics. Bien que reconnaissant la légitimité des préoccupations en matière de respect de la vie privée, la cour s'est fondée sur le Premier amendement pour conclure, à la p. 491, que l'État ne pouvait

[TRADUCTION] frapper d'une sanction la publication du nom exact de la victime d'un viol, obtenu dans des dossiers publics—plus précisément, dans des dossiers judiciaires tenus relativement à une poursuite publique, dossiers qui sont eux-mêmes accessibles au public.

La cour a insisté sur la nécessité dans la société moderne d'un accès plein et sans restriction aux dossiers publics. Elle a affirmé (à la p. 495):

Public records by their very nature are of interest to those concerned with the administration of government, and a public benefit is performed by the reporting of the true contents of the records by the media. The freedom of the press to publish that information appears to us to be of critical importance to our type of government in which the citizenry is the final judge of the proper conduct of public business. In preserving that form of government the First and Fourteenth Amendments command nothing less than that the States may not impose sanctions on the publication of truthful information contained in official court records open to public inspection.

The *Cox* decision also contains important observations about the role of the media in facilitating public debate and in furthering the open court principle. The court stated (at pp. 491-92):

... in a society in which each individual has but limited time and resources with which to observe at first hand the operations of his government, he relies necessarily upon the press to bring to him in convenient form the facts of those operations. Great responsibility is accordingly placed upon the news media to report fully and accurately upon the proceedings of government, and official records and documents open to the public are the basic data of governmental operations. Without the information provided by the press most of us and many of our representatives would be unable to vote intelligently or to register opinions on the administration of government generally. With respect to judicial proceedings in particular, the function of the press serves to guarantee the fairness of trials and to bring to bear the beneficial effects of public scrutiny upon the administration of justice.

See also *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), where the Supreme Court again reaffirmed the essential role of the press in safeguarding effective judicial administration by exposing the judicial process to public scrutiny.

Finally, the U.S. Supreme Court in *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), held that the right to attend criminal trials is implicit in the guarantees of the First Amendment. On behalf

[TRADUCTION] De par leur nature les dossiers publics intéressent les personnes qui se préoccupent de l'administration du gouvernement, et les médias rendent service au public en rapportant le contenu exact de ces dossiers. La liberté de la presse de publier cette information nous paraît revêtir une importance capitale pour notre type de gouvernement, dans lequel ce sont les citoyens qui décident en dernier ressort de la façon dont il convient de mener les affaires publiques. Aux fins d'assurer la survie de ce type de gouvernement, les Premier et Quatorzième amendements interdisent formellement aux États de frapper d'une sanction la publication de renseignements exacts tirés de dossiers judiciaires officiels accessibles au public.

L'arrêt *Cox* contient en outre des observations importantes sur le rôle que doivent jouer les médias pour faciliter les débats publics et pour favoriser la transparence des procédures judiciaires. D'après la Cour (aux pp. 491 et 492):

[TRADUCTION] ... dans une société où les particuliers ne disposent que d'un temps limité et ont peu de possibilités d'observer personnellement les opérations de leur gouvernement, ceux-ci comptent nécessairement sur la presse pour leur communiquer sous une forme pratique les faits concernant ces opérations. D'où la grande responsabilité qui incombe aux médias d'information de rapporter intégralement et fidèlement les actes du gouvernement, et ce sont les dossiers et les documents officiels accessibles au public qui renferment les données de base touchant les opérations gouvernementales. En l'absence de l'information fournie par la presse, la plupart d'entre nous ainsi qu'un grand nombre de nos représentants se verraient dans l'impossibilité de voter intelligemment ou d'exprimer des opinions sur l'administration du gouvernement en général. Pour ce qui est des procédures judiciaires en particulier, le rôle de la presse consiste à garantir l'équité des procès et à soumettre l'administration de la justice aux effets bénéfiques de l'examen public.

Voir aussi l'arrêt *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), où la Cour suprême a de nouveau confirmé le rôle essentiel de la presse qui, en exposant le processus judiciaire à l'examen public, assure l'efficacité de l'administration judiciaire.

Enfin, dans l'arrêt *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), la Cour suprême des États-Unis a statué que le droit d'assister aux procès criminels découle implicitement des garanties énon-

of the majority, Burger C.J. recognized public access to the criminal courtroom as a right guaranteed by the American Constitution and, in doing so, emphasized the importance of public acceptance of the criminal justice process. At page 571, he noted that:

... especially in the administration of criminal justice, the means used to achieve justice must have the support derived from public acceptance of both the process and its results.

He went on to state (at pp. 571-73):

When a shocking crime occurs, a community reaction of outrage and public protest often follows. . . . Thereafter the open processes of justice serve an important prophylactic purpose, providing an outlet for community concern, hostility, and emotion. Without an awareness that society's responses to criminal conduct are underway, natural human reactions of outrage and protest are frustrated and may manifest themselves in some form of vengeful "self-help," . . .

The crucial prophylactic aspects of the administration of justice cannot function in the dark; no community catharsis can occur if justice is "done in a corner [or] in any covert manner." . . . It is not enough to say that results alone will satiate the natural community desire for "satisfaction." A result considered untoward may undermine public confidence, and where the trial has been concealed from public view an unexpected outcome can cause a reaction that the system at best has failed and at worst has been corrupted. To work effectively, it is important that society's criminal process "satisfy the appearance of justice," . . .

Instead of acquiring information about trials by first-hand observation or by word of mouth from those who attended, people now acquire it chiefly through the print and electronic media. In a sense, this validates the media claim of functioning as surrogates for the public. While media representatives enjoy the same right of access as the public, they often are provided special seating and priority of entry so that they may report what people in attendance have seen and heard. This "contribute[s] to

cées dans le Premier amendement. Se prononçant au nom de la majorité, le juge en chef Burger a reconnu l'accès du public aux procès criminels comme un droit garanti par la Constitution américaine et il a souligné en même temps l'importance de l'acceptation du processus de justice pénale par le public. À la page 571, il a fait remarquer que:

[TRADUCTION] . . . particulièrement dans l'administration de la justice pénale les moyens employés pour rendre justice doivent bénéficier du soutien qui procède de l'acceptation du processus et de ses résultats par le public.

Il a ajouté ce qui suit (aux pp. 571 à 573):

[TRADUCTION] La perpétration d'un crime horrifant suscite souvent au sein de la collectivité une réaction d'indignation et un tollé général. [. . .] Par la suite, la transparence des voies de justice remplit une importante fonction préventive en permettant l'expression des inquiétudes, de l'hostilité et de l'émotion publiques. En effet, si les gens ne savent pas que la société est en train de prendre les mesures qui s'imposent à la suite d'une conduite criminelle, leurs réactions naturelles d'indignation et de protestation seront contrariées et ils trouveront peut-être un exutoire dans une forme quelconque de vengeance . . .

Ce n'est pas dans l'ombre que l'administration de la justice peut produire ses effets préventifs fondamentaux; aucune catharsis collective n'est possible si justice «est faite à l'insu de tous [ou] en secret». [. . .] Il ne suffit pas de prétendre que les seuls résultats assouviront le désir naturel de la collectivité d'obtenir «satisfaction». Un résultat considéré comme peu approprié pourra miner la confiance du public et, dans un cas où le procès s'est déroulé à huis clos, une issue inattendue pourrait faire croire aux gens, en mettant les choses au mieux, que le système a échoué et, en mettant les choses au pire, qu'il a été corrompu. Il importe donc pour le fonctionnement efficace du processus criminel qu'il soit «apparent que justice a été rendue» . . .

Au lieu d'obtenir des renseignements sur les procès en assistant directement comme observateur ou en écoutant le récit de ceux qui y ont assisté, les gens les obtiennent maintenant essentiellement par les médias écrits et électroniques. En un sens, cela confirme la prétention des médias qu'ils agissent comme suppléants du public. Bien que les représentants des médias possèdent le même droit d'accès que le public, on leur réserve souvent des sièges particuliers et une priorité d'accès pour



public understanding of the rule of law and to comprehension of the functioning of the entire criminal justice system . . .” [citing the concurring judgment of Brennan J. in *Nebraska Press Assn.*, *supra.*] [Emphasis added.]

These decisions stress the vital importance of the open court principle and the public scrutiny of the judicial process which it facilitates. In so doing, they provide a context in which to consider the American approach to the more immediate question of access to taped evidence.

### C. *The American Approach to Access to Audio and Video Tape Evidence*

The U.S. Supreme Court considered the issue of public and media access to taped evidence in *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978). The media sought access to audio tapes which had been introduced in evidence at the trial of aides to President Nixon on charges arising out of the Watergate break-ins. During the trial, 22 hours of audio tapes were played for the jury. All those in court, including members of the media, were provided with earphones and transcripts of the tapes. Six weeks after the trial had begun, several broadcasters filed a motion seeking permission to obtain and copy the tapes played at trial. They based their claim on the common law right of access to judicial records. District Court Judge Sirica denied access on the grounds that broadcast of the tapes would endanger the rights of the defendants on appeal. The broadcasters appealed Sirica J.’s order to the Court of Appeals for the District of Columbia.

In *United States v. Mitchell*, 551 F.2d 1252 (1976), the D.C. Circuit Court of Appeals considered the common law right to inspect and copy judicial records and determined that the right is essential to

qu’ils puissent faire le compte rendu de ce que l’assistance a vu et entendu. Voilà qui «contribue à faire comprendre au public ce qu’est la primauté du droit et comment fonctionne tout le système de justice pénale . . .» [citant les motifs concordants rédigés par le juge Brennan dans l’arrêt *Nebraska Press Assn.*, précité] [Je souligne.]

Ces arrêts soulignent l’importance capitale du principe de la transparence des procédures judiciaires et de l’examen public du processus judiciaire que favorise cette transparence. Par le fait même, ils forment un contexte dans lequel peut être étudiée l’approche américaine face à la question plus immédiate de la communication d’éléments de preuve enregistrés sur bande magnétique.

### C. *L’approche américaine relativement à l’accès aux éléments de preuve enregistrés sur bande audio ou vidéo*

La Cour suprême des États-Unis s’est penchée sur la question de l’accès du public et des médias à la preuve sur bande magnétique dans l’arrêt *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978). Dans cette affaire, les médias demandaient l’accès à des bandes audio produites en preuve lors du procès de certains assistants du président Nixon relativement à des accusations résultant des cambriolages de Watergate. Au cours du procès, on a fait entendre au jury des enregistrements d’une durée de 22 heures. Toute l’assistance, y compris les membres des médias, avait été pourvue d’écouteurs et de transcriptions des enregistrements. Six semaines après le début du procès, plusieurs radiodiffuseurs ont déposé une requête sollicitant l’autorisation de se procurer et de copier les enregistrements entendus au procès. Il s’agissait d’une demande fondée sur le droit d’accès aux dossiers judiciaires reconnu par la common law. Le juge Sirica de la Cour de district a refusé d’accorder l’accès pour le motif que la diffusion des enregistrements porterait atteinte aux droits des défendeurs au niveau d’appel. Les radiodiffuseurs ont porté l’ordonnance du juge Sirica en appel devant la Court of Appeals du district de Columbia.

Dans l’arrêt *United States v. Mitchell*, 551 F.2d 1252 (1976), la Circuit Court of Appeals du district de Columbia a étudié le droit, en common law, d’examiner et de copier les dossiers judiciaires et a conclu

the functioning of a democratic state, although it is not absolute. Since no clear guidelines could be articulated as to when judicial records should be closed to the public, the decision necessarily rested within the discretion of the trial court, subject to appellate review for abuse of discretion. However, the court stated that any incursions on the right of access should be made only where “justice so requires”. It observed as well that “once an exhibit is publicly displayed [in open court], the interests in subsequently denying access to it necessarily will be diminished” (p. 1261). The Court of Appeals thus found a strong presumption in favour of access and determined that only compelling circumstances could militate against release. Since such circumstances were absent in that case, the D.C. Court of Appeals overturned the decision of *Sirica J.* and granted access to the tapes.

In *Nixon v. Warner Communications, supra*, the U.S. Supreme Court reviewed the *Mitchell* decision. In a 5/4 split, the court reversed the Court of Appeals and denied the broadcasters’ request for access. The broadcasters had claimed a constitutional right of access under both the free press clause of the First Amendment and the Sixth Amendment guarantee of a public trial. The court rejected these claims. It held that, while physical access to judicial records is a right at common law, the right is not absolute and is not constitutional in nature. In rejecting the Sixth Amendment claim, Powell J. stated at p. 610:

The requirement of a public trial is satisfied by the opportunity of members of the public and the press to attend the trial and to report what they have observed.

It is important to note, however, that this statement was made in refuting the broadcasters’ claim to a constitutional right of access. It was not directed to

que ce droit, bien qu’il ne soit pas absolu, est essentiel au bon fonctionnement d’un État démocratique. Vu l’impossibilité de formuler des principes directeurs clairs quant aux circonstances dans lesquelles il y a lieu d’interdire au public l’accès des dossiers judiciaires, la décision relevait nécessairement de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance, sous réserve de contrôle par un tribunal d’appel pour abus de ce pouvoir. La cour a dit cependant qu’il ne devrait être porté atteinte au droit d’accès que lorsque [TRADUCTION] «la justice le commande». Elle a fait remarquer en outre que [TRADUCTION] «du moment qu’une pièce est exposée publiquement [en audience publique], l’intérêt qu’on peut avoir par la suite à ce que la communication de cette pièce soit refusée devient forcément moins grand» (p. 1261). La Court of Appeals a donc conclu à l’existence d’une forte présomption en faveur de l’accès et a décidé qu’il faudrait des circonstances impérieuses pour militer contre la communication. Faute de telles circonstances dans cette affaire, la Court of Appeals du district de Columbia a infirmé la décision du juge *Sirica* et a ordonné la communication des bandes.

Dans l’affaire *Nixon v. Warner Communications*, précitée, la Cour suprême des États-Unis a examiné l’arrêt *Mitchell*. Se prononçant à une majorité de cinq juges contre quatre, la cour a infirmé l’arrêt de la Court of Appeals et a rejeté la demande de communication présentée par les radiodiffuseurs. Ceux-ci prétendaient avoir un droit constitutionnel d’accès conformément à la disposition du Premier amendement qui traite de la liberté de la presse et au droit, garanti par le Sixième amendement, à un procès public. La cour a rejeté ces prétentions. Elle a statué que, si l’accès physique aux dossiers judiciaires constitue un droit reconnu en common law, ce droit n’est pas absolu et ne revêt aucun caractère constitutionnel. Rejetant la prétention fondée sur le Sixième amendement, le juge Powell a déclaré ce qui suit à la p. 610:

[TRADUCTION] La possibilité qu’ont les membres du public et les médias d’assister au procès et de rapporter ce qu’ils y ont observé satisfait à l’exigence d’un procès public.

Il importe de signaler toutefois que cette déclaration a été faite en réfutant la prétention des radiodiffuseurs à un droit constitutionnel d’accès. Elle ne visait pas la

the balancing process required when considering the common law right of access.

With respect to the latter issue, the court held that the general common law right of access is subject to the “sound discretion” of the trial court. It observed that the question of access would typically be resolved by weighing “the interests advanced by the parties in light of the public interest and the duty of the courts”, and that this balancing exercise would take place in the larger context of “the presumption—however gauged—in favor of public access to judicial records” (p. 602).

At the same time, the court refused to define the scope of the common law right or to identify the specific factors to be weighed in determining whether to grant access. Rather, the majority decided the issue on the basis of “an additional, unique element” not argued by either of the parties—namely, the *Presidential Recordings Act*. In the court’s view, the Act provided an alternative administrative procedure by which the public could gain access to all presidential materials of historical interest, including the recordings at issue. Accordingly, the court held (at p. 606) that it:

... need not weigh the parties’ competing arguments as though the District Court were the only potential source of information regarding these historical materials. The presence of an alternative means of public access tips the scales in favor of denying release.

Since then, American federal appeal courts have differed as to the interpretation which should be given to the *Nixon* decision and have articulated varying approaches to the issue of access to taped evidence.

In the first line of cases, which arose out of various FBI “sting” operations, the *Nixon* decision was construed narrowly as turning on the applicability of the *Presidential Recordings Act*. Having distinguished

nécessité de soupeser les intérêts en jeu lorsqu’il s’agit d’étudier le droit d’accès conféré par la common law.

a Pour ce qui est de cette dernière question, la cour a statué que le droit général d’accès découlant de la common law dépend du [TRADUCTION] «bon jugement» du tribunal de première instance. Elle a indiqué qu’on réglerait normalement la question de l’accès en appréciant [TRADUCTION] «à la lumière de l’intérêt public et du devoir des tribunaux les intérêts invoqués par les parties», laquelle appréciation s’in-scrirait dans le contexte plus large de [TRADUCTION] «la présomption—peu importe la façon dont elle est mesurée—en faveur de l’accès du public aux dossiers judiciaires» (p. 602).

d En même temps, la cour s’est refusée à définir la portée du droit reconnu par la common law et à préciser les facteurs à prendre en considération pour décider de l’opportunité de permettre la consultation des dossiers. La majorité a préféré en effet trancher la question en se fondant sur [TRADUCTION] «un autre élément, un élément unique» que ni l’une ni l’autre partie n’a invoqué, savoir la *Presidential Recordings Act*. De l’avis de la cour, cette loi prévoit une autre procédure administrative grâce à laquelle le public peut avoir accès à tous les documents présidentiels présentant un intérêt historique, y compris les enregistrements en cause. La cour a donc conclu (à la p. 606) qu’elle:

e [TRADUCTION] ... n’a pas à soupeser les arguments contradictoires des parties comme si la Cour de district était la seule source possible de renseignements concernant ces documents historiques. L’existence d’une autre façon pour le public d’y avoir accès milite en faveur de la non-communication des documents.

h Depuis lors, les cours d’appel fédérales des États-Unis ont été en désaccord quant à l’interprétation qu’il convient de donner à l’arrêt *Nixon* et elles ont exprimé différents points de vue concernant la question de l’accès à la preuve enregistrée sur bande magnétique.

i Dans la première série d’affaires, qui sont nées de diverses opérations d’infiltration menées par le FBI, l’arrêt *Nixon* a reçu une interprétation stricte selon laquelle il tenait à l’applicabilité de la *Presidential*

*Nixon* in this way, several appeal courts followed, either expressly or implicitly, the approach taken by the D.C. Circuit Court in the *Mitchell* case, *supra*. They held that the common law right created an extremely strong presumption in favour of access which, though not of constitutional stature, could be overcome only rarely and in the clearest of cases. The holding of the Second Circuit Court of Appeals in *United States v. Myers*, 635 F.2d 945 (1980), is typical. The court stated (at p. 952):

... it would take the most extraordinary circumstances to justify restrictions on the opportunity of those not physically in attendance at the courtroom to see and hear the evidence, when it is in a form that readily permits sight and sound reproduction. ... When physical evidence is in a form that permits inspection and copying without any significant risk of impairing the integrity of the evidence or interfering with the orderly conduct of the trial, only the most compelling circumstances should prevent contemporaneous public access to it.

The same approach was adopted by the Third Circuit Court of Appeals in *United States v. Criden*, 648 F.2d 814 (1981), and by the District of Columbia Circuit in *In re National Broadcasting Co.*, 653 F.2d 609 (1981).

It is important to consider the grounds advanced in opposition to the release of the tapes in these cases. The defendants argued that access would jeopardize their right to a fair trial as guaranteed by the Sixth Amendment and would also render unfair the pending criminal trials of other defendants through the prejudicial effect publicity would have upon present and prospective jurors. All the appeal courts rejected this argument. They held that standard jury instructions and the examination of prospective jurors in the selection process together provided sufficient mechanisms to safeguard the fair trial rights of criminal defendants from any potential prejudice which might arise from broadcasting the tapes.

*Recordings Act*. Ayant fait cette distinction d'avec l'arrêt *Nixon*, plusieurs cours d'appel, suivant, expressément ou implicitement, le point de vue adopté par la Circuit Court du district de Columbia dans l'affaire *Mitchell*, précitée, ont statué que le droit conféré par la common law faisait naître une présomption extrêmement forte en faveur de l'accès, présomption qui, en dépit de sa nature non constitutionnelle, ne pouvait être renversée que rarement et dans les cas les plus clairs. La décision de la Second Circuit Court of Appeals dans l'affaire *United States v. Myers*, 635 F.2d 945 (1980) est typique. La cour a dit (à la p. 952):

[TRADUCTION] ... il faudrait des circonstances des plus extraordinaires pour justifier que des restrictions soient imposées à la possibilité qu'ont ceux qui n'ont pas été présents dans la salle d'audience de voir et d'entendre la preuve lorsque celle-ci revêt une forme qui se prête facilement à la reproduction sonore ou vidéo. [...] Quand la preuve matérielle se présente sous une forme qui permet de l'examiner et de la copier sans courir de risque appréciable de nuire à l'intégrité de cette preuve ou à la conduite ordonnée du procès, seules les circonstances les plus contraignantes devraient empêcher que le public y ait accès en même temps.

C'est cette même approche qu'a adoptée la Third Circuit Court of Appeals dans l'affaire *United States v. Criden*, 648 F.2d 814 (1981) et le District of Columbia Circuit dans l'affaire *In re National Broadcasting Co.*, 653 F.2d 609 (1981).

Il importe d'examiner les moyens avancés en faveur de la non-communication des enregistrements en cause dans ces affaires. Les défendeurs ont soutenu dans chaque cas que la communication compromettrait leur droit, garanti par le Sixième amendement, à un procès équitable. De plus, elle rendrait inéquitable les procès criminels pendants des autres défendeurs, et ce, en raison de l'effet préjudiciable qu'aurait la publicité sur les jurés actuels et éventuels. Rejetant sans exception cet argument, les cours d'appel ont dit que l'exposé d'usage fait au jury et l'interrogatoire des jurés éventuels dans le cadre du processus de sélection suffisaient à eux seuls pour protéger les défendeurs dans des actions pénales contre toute atteinte à leur droit à un procès équitable pouvant résulter de la diffusion des enregistrements.

A contrary position was taken by the Fifth Circuit in *Belo Broadcasting Corp. v. Clark*, 654 F.2d 423 (1981). The court accepted that a common law right of access exists, but determined that the standard of appellate review was whether or not the trial court had abused its discretion in its decision regarding access. In direct refutation of the earlier line of authority, the court held that the observations of the trial judge were essential in considering whether a fair trial could be ensured for present and prospective defendants and that the balancing of competing values was heavily reliant on the observations and insights of the presiding judge. The court considered its appellate role to be a narrow one.

In subsequent cases, American appellate courts have attempted to reconcile the more extreme positions and to articulate a “middle ground”. The first such attempt was made by the Seventh Circuit in *United States v. Edwards*, 672 F.2d 1289 (1982). The court recognized the presumption in favour of access and citing the *Mitchell* case, *supra*, observed that the “common law right supports and furthers many of the same interests which underlie those freedoms protected by the Constitution” (p. 1294). At the same time, referring to *Belo Broadcasting*, *supra*, the court acknowledged that the right was non-constitutional in origin and conceded that a number of factors might militate against public access. It set out its position in these words (at p. 1294):

... we hold that there is a strong presumption in support of the common law right to inspect and copy judicial records. Where there is a clash between the common law right of access and a defendant’s constitutional right to a fair trial, a court may deny access, but only on the basis of articulable facts known to the court, not on the basis of unsupported hypothesis or conjecture. ... We stress that it is vital for a court clearly to state the basis of its ruling, so as to permit appellate review of whether

Le point de vue contraire a été adopté par le Fifth Circuit dans l’affaire *Belo Broadcasting Corp. v. Clark*, 654 F.2d 423 (1981). La cour a admis l’existence d’un droit d’accès en common law, mais a conclu que la norme applicable par un tribunal d’appel consiste à déterminer si le tribunal de première instance a abusé de son pouvoir discrétionnaire en rendant sa décision relative à l’accès. En contradiction directe de la jurisprudence antérieure, la cour a dit que les observations du juge de première instance étaient indispensables aux fins d’examiner si les défendeurs actuels et éventuels pouvaient avoir l’assurance d’un procès équitable, et que, dans l’appréciation des valeurs opposées, on se fiait dans une grande mesure aux observations et aux conclusions du juge qui avait présidé en première instance. D’après la cour, elle ne jouait en tant que tribunal d’appel qu’un rôle limité.

Dans des arrêts subséquents, les cours d’appel américaines ont tenté de réconcilier les positions les plus extrêmes et d’établir un «moyen terme». La première de ces tentatives a été faite par le Seventh Circuit dans l’affaire *United States v. Edwards*, 672 F.2d 1289 (1982). La cour a reconnu la présomption en faveur de l’accès et, invoquant l’arrêt *Mitchell*, précité, a fait observer que le [TRADUCTION] «droit découlant de la common law soutient et favorise un grand nombre des intérêts qui sous-tendent les libertés protégées par la Constitution» (p. 1294). En même temps, se référant à l’arrêt *Belo Broadcasting*, précité, la cour a convenu qu’il s’agit d’un droit qui, à l’origine, n’avait pas de caractère constitutionnel, et elle a concédé que plusieurs facteurs pourraient militer contre l’accès du public. La cour a énoncé sa position dans les termes suivants (à la p. 1294):

[TRADUCTION] ... nous estimons qu’il y a une forte présomption en faveur de l’existence en common law d’un droit d’examiner et de copier les dossiers judiciaires. En cas de conflit entre le droit d’accès reconnu par la common law et le droit constitutionnel d’un défendeur à un procès équitable, le tribunal peut refuser l’accès, mais sur le seul fondement de faits concrets connus du tribunal, et non sur le fondement d’hypothèses ou de conjectures non étayées. [...] Nous soulignons qu’il est vital qu’un tribunal énonce clairement le fondement de sa décision afin de permettre au tribunal d’appel d’exami-

relevant factors were considered and given appropriate weight. [Emphasis added.]

This position was echoed by the Sixth Circuit in *United States v. Beckham*, 789 F.2d 401 (1986), and by the Eighth Circuit in *United States v. Webbe*, 791 F.2d 103 (1986).

Finally, in *Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the District of Nevada*, 798 F.2d 1289 (1986), the Ninth Circuit reaffirmed the middle ground position. In so doing, the court expanded upon the holding in *Edwards, supra*, by specifically requiring the trial judge not only to articulate the reasons for denying access, but also to substantiate possible prejudice with a clear factual basis for the danger. The court put its position this way (at p. 1295):

The only potential prejudice appropriate for consideration by the district court was, therefore, the added prejudice that might result from broadcasting excerpts of the tapes as opposed to simply describing their contents. While we recognize that the added danger of jury taint arising from the transmission of the tapes themselves may vary from case to case, we reemphasize that the district court must articulate the factual basis for the danger without relying on hypothesis or conjecture.

#### D. *General Principles Emerging from the American Cases*

The American courts have for many years recognized a common law right of access to judicial records. All courts have held this right to include a common law, but not a constitutional, right of access to taped evidence introduced at trial. There is also a consensus that the decision as to whether to grant access is within the discretion of the trial court, which must balance the relevant interests at stake. In *Nixon*, the U.S. Supreme Court committed this determination to "the sound discretion" of the trial judge.

ner si les facteurs pertinents ont été pris en considération et si on leur a accordé l'importance qui leur revenait. [Je souligne.]

Ce point de vue a été repris par le Sixth Circuit dans l'affaire *United States v. Beckham*, 789 F.2d 401 (1986) et par le Eighth Circuit dans l'affaire *United States v. Webbe*, 791 F.2d 103 (1986).

Enfin, dans l'affaire *Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the District of Nevada*, 798 F.2d 1289 (1986), le Ninth Circuit a confirmé encore une fois la position du moyen terme. En ce faisant, la cour a élargi la portée de l'arrêt *Edwards*, précité, en exigeant expressément du juge de première instance non seulement qu'il expose les motifs qui l'ont amené à refuser d'accorder l'accès, mais aussi qu'il établisse un fondement factuel justifiant clairement sa conclusion à un préjudice possible. L'énoncé de la position de la cour se trouve dans le passage suivant (à la p. 1295):

[TRADUCTION] L'unique préjudice éventuel dont il convenait que la cour de district tienne compte était donc le préjudice additionnel que pouvait entraîner la diffusion d'extraits tirés des enregistrements, par opposition à la simple relation de leur contenu. Nous reconnaissons que le danger additionnel que la diffusion des enregistrements eux-mêmes ne compromette l'impartialité des jurés peut varier d'un cas à l'autre, mais nous soulignons encore une fois que la cour de district doit énoncer le fondement factuel du danger sans recourir aux hypothèses ni aux conjectures.

#### D. *Les principes généraux qui se dégagent de la jurisprudence américaine*

Voilà bien des années que les tribunaux américains reconnaissent l'existence d'un droit en common law de consulter les dossiers judiciaires. Ils ont été unanimes à affirmer que ce droit comprend un droit, conféré par la common law mais non par la Constitution, à l'accès à la preuve enregistrée sur bande magnétique produite lors du procès. Ils s'accordent également à dire que la décision de permettre ou de refuser l'accès relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance, lequel doit sopeser les différents intérêts en jeu. Dans l'arrêt *Nixon*, la Cour suprême des États-Unis a laissé cette décision au «bon jugement» du juge de première instance.

American courts have agreed that the standard of appellate review to be applied to the trial judge's determination regarding access is whether there has been an "abuse of discretion". Although there is agreement as to the standard to be applied, there is variation amongst the appellate courts as to whether the application of that standard should be deferential or strict.

All courts considered the media to be the representatives of the public with regard to judicial proceedings. The cases recognize the right and responsibility of the media to keep the public informed of the workings of the courts, particularly in the criminal context. The courts have acknowledged that the media play an essential role in furnishing the information upon which public scrutiny and criticism of court proceedings can properly be based, and that in fulfilling this role the media make a substantial contribution to the democratic process of government. It is the media which make the courts truly accessible and "public".

The American cases indicate that there are several factors weighing in favour of public access to evidentiary tapes. First, it is said that audio and video tapes provide additional meaning to the written word or eyewitness account. Gestures, facial expressions, voice patterns and voice intensity are all modes of communication common to humanity that are lost in transcripts. Second, all persons present in the courtroom at trial witness the tapes as they are introduced into evidence for the benefit of the triers of fact. Broadcasting the tapes publicly would give effect and meaning to the open court principle by allowing members of the public who are unable to be physically present in the courtroom to witness all that privileged members of the public have been able to see for themselves. Third, public broadcasting of the taped evidence allows those who cannot be present at the trial to weigh the evidence and form their own opinion. This, it is said, satisfies both the appearance and the reality of justice within the community. Finally, public access to judicial records permits the

Les tribunaux américains conviennent que la norme à appliquer par le tribunal d'appel à la décision du juge de première instance relativement à l'accès est celle de «l'abus du pouvoir discrétionnaire». Malgré ce consensus quant à la norme applicable, les opinions des tribunaux d'appel divergent sur la question de savoir si, dans l'application de cette norme, on doit faire preuve de retenue ou s'il y a lieu de l'appliquer strictement.

Tous les tribunaux ont considéré les médias comme les représentants du public en ce qui concerne les procédures judiciaires. La jurisprudence reconnaît le droit des médias, et la responsabilité qui leur incombe, de tenir le public au courant des travaux des tribunaux, particulièrement dans le contexte criminel. Les tribunaux conviennent que les médias jouent un rôle essentiel dans la diffusion d'information sur laquelle peuvent être légitimement fondés l'examen et la critique publics des procédures judiciaires, et qu'en remplissant ce rôle les médias font un apport appréciable au processus démocratique de gouvernement. Ce sont les médias qui rendent les tribunaux véritablement accessibles et «publics».

D'après la jurisprudence américaine, plusieurs facteurs militent en faveur de l'accès du public aux bandes magnétiques produites en preuve. En premier lieu, affirme-t-on, les bandes audio et vidéo viennent préciser davantage le sens de la parole écrite ou du récit du témoin oculaire. Les gestes, l'expression du visage ainsi que le ton et l'intensité de la voix constituent tous des modes de communication qui sont communs à tous les humains et qui ne ressortent pas des transcriptions. En deuxième lieu, tous ceux qui assistent au procès deviennent témoins des enregistrements produits en preuve pour le bénéfice des juges des faits. Or la diffusion publique des enregistrements donnerait efficacité et signification au principe de la transparence des procédures judiciaires en permettant aux membres du public qui ne peuvent être physiquement présents dans la salle d'audience d'être témoins de tout ce que d'autres membres du public ont eu le privilège de voir en personne. En troisième lieu, la diffusion publique de la preuve enregistrée permet aux personnes qui se trouvent dans l'impossibilité d'assister au procès d'apprécier la preuve et de former leur propre opinion. Voilà,

public to keep an eye on all branches of government, including the judiciary.

On the other side of the balance, certain interests are put forward as militating against media access to audio and video tapes. In the American cases, the primary countervailing concern is the possible prejudice to the right of an accused to a fair trial. Other interests weighing against access are concerns relating to admissibility and privacy.

It must be remembered that the balancing in the American cases is far different from that required in the case at bar. In the American decisions the common law right of access had to be balanced against the constitutional right of present or prospective defendants to a fair trial as guaranteed by the Sixth Amendment to the American Constitution. In those cases where access was denied, the defendant's constitutional right to a fair trial was considered to outweigh the common law right of access. Furthermore, it is not without significance that, despite their concern for the Sixth Amendment rights of present and prospective defendants, the majority of American appellate courts were still willing to grant access.

In the case at bar, the fair trial interest simply does not arise. Nugent stands in no criminal jeopardy. He has been acquitted of the murder charge and the time for any further appeal has long since elapsed. He cannot claim any prejudice to a present or future right to a fair trial. Thus, the primary concern weighing in the balance against access in the American jurisprudence is not present in this case.

It is worth bearing in mind that some of the American cases suggest that the right to a fair trial is the only countervailing interest which could overcome the strong presumption in favour of access. It is significant as well that in the American setting, the principal contention of those writers who argue most

dit-on, qui assure à la fois l'apparence et la réalité de la justice au sein de la collectivité. En dernier lieu, du moment qu'il a accès aux dossiers judiciaires, le public est en mesure de surveiller chacune des branches du gouvernement, y compris le pouvoir judiciaire.

D'un autre côté, il est dit que certains intérêts jouent contre l'accès des médias aux bandes audio et vidéo. À cet égard, la principale préoccupation qui se dégage de la jurisprudence américaine concerne le préjudice pouvant être porté au droit de l'accusé à un procès équitable. Militent également contre l'accès certaines préoccupations relatives à l'admissibilité de la preuve et au respect de la vie privée.

N'oublions pas que l'évaluation faite dans la jurisprudence américaine diffère nettement de celle qui s'impose en l'espèce. Dans les décisions américaines le droit d'accès conféré par la common law devait être soupesé avec le droit constitutionnel à un procès équitable garanti aux défendeurs actuels ou éventuels par le Sixième amendement de la Constitution américaine. Dans les cas où l'accès a été refusé, on a jugé que le droit constitutionnel du défendeur à un procès équitable l'emportait sur le droit d'accès découlant de la common law. Il importe en outre de signaler qu'en dépit de leur préoccupation de protéger les droits reconnus aux défendeurs actuels et éventuels par le Sixième amendement, la majorité des tribunaux d'appel américains demeuraient prêts à accorder l'accès.

En l'espèce, la question du droit à un procès équitable ne se pose simplement pas. Nugent ne se trouve nullement exposé à des poursuites criminelles. Il a été acquitté relativement à l'accusation de meurtre et le délai pour interjeter tout autre appel est expiré depuis longtemps. Il ne saurait en conséquence alléguer une atteinte à un droit actuel ou futur à un procès équitable. Cela étant, le facteur principal militant contre l'accès dans la jurisprudence américaine ne joue pas dans le cas présent.

Il convient de se rappeler que certaines décisions américaines laissent entendre que le droit à un procès équitable représente l'unique facteur qui pourrait écartier la forte présomption en faveur de l'accès. Un autre point important est que dans le contexte américain les auteurs qui s'opposent le plus véhémentement



vehemently against access is the need to preserve the right of the accused to a fair trial. Furthermore, none of them would recommend that the denial of access be indefinite. See, for example, William J. Whelan, "Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right" (1982), 50 *Fordham L. Rev.* 551, at pp. 580-81:

... it is clear that the proper time to stem any possible prejudice is before it is allowed to occur. In the cases that involve requests to copy tapes in evidence, the trial judge should deny their release until all risk of prejudice to the current defendants and to those implicated by the tapes has passed. Only when all rights to appeal are exhausted should the tapes be made available for copying.

When the records are video and audio tapes introduced into evidence at trial, the presumption in favor of release should not apply. Because there is a reasonable possibility that the broadcast of those tapes will irreparably harm the accused's right to a fair trial, the courts as a matter of law should deny the release of the tapes for copying until the accused is no longer in jeopardy. [Emphasis added.]

In light of the above analysis, it would appear that in the United States the media would be granted access to the tapes filed as exhibits in the trial of Mr. Nugent.

#### The Factors to be Considered in the Present Case

At the outset, I should say that for the reasons given by my colleague, I agree that the appellant's argument that his s. 2(b) *Charter* right to freedom of expression had been breached should not be considered. This argument was not raised before the judge of first instance and, although argued before the Court of Appeal, was not considered by that court in its reasons.

ment à l'accès invoquent principalement la nécessité de préserver le droit de l'accusé à un procès équitable. Qui plus est, aucun d'entre eux ne recommanderait que l'accès soit refusé pour une période indéfinie. Voir par exemple, William J. Whelan, «Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right» (1982), 50 *Fordham L. Rev.* 551, aux pp. 580 et 581:

[TRADUCTION] ... il est évident qu'il convient d'obvier à tout préjudice éventuel avant qu'il ne se produise. Dans le cas de demandes de copier des enregistrements produits en preuve, le juge de première instance doit refuser de communiquer ceux-ci tant que subsiste un risque quelconque pour les défendeurs actuels et pour les personnes incriminées par les enregistrements. Ce n'est que lorsque tous les droits d'appel auront été épuisés qu'il devrait être permis de reproduire les enregistrements.

Lorsque les dossiers revêtent la forme de bandes audio ou vidéo produites en preuve au procès, la présomption en faveur de la communication ne devrait pas s'appliquer. Comme il existe une possibilité raisonnable que la diffusion de ces enregistrements porte irréparablement atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable, les tribunaux devraient, par principe de droit, refuser de communiquer les enregistrements aux fins de reproduction jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de risque pour l'accusé. [Je souligne.]

Vu l'analyse qui précède, il semble qu'aux États-Unis les médias se verraient accorder l'accès aux bandes magnétiques produites comme pièces lors du procès de M. Nugent.

#### Les facteurs à prendre en considération en l'espèce

Je dois signaler au départ que, pour les mêmes raisons que mon collègue, j'estime qu'il n'y a pas lieu de considérer l'allégation de l'appelant selon laquelle il aurait subi une atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Cet argument n'a pas été avancé devant le juge de première instance et, bien qu'invoqué en Cour d'appel, n'a pas été examiné par celle-ci dans ses motifs.

A. *The Nature and Extent of the Common Law Right of Access to Court Documents in Canada*

There can be no doubt that there exists in Canada a common law right of access to court documents. The nature and extent of that right will determine the outcome of this appeal. The common law right of access is of fundamental importance to the functioning of courts and to the preservation of public confidence in court processes. The right of access was considered in the pre-*Charter* case of *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175. In that case Dickson J., as he then was, clearly acknowledged that there is a strong general presumption in favour of access to judicial records. At page 184 he stated:

In short, what should be sought is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent or of impairing the efficiency of the search warrant as a weapon in society's never-ending fight against crime.

He went on to observe that there is a need for contextual balancing in deciding whether to grant access in individual cases. After noting the general right to inspect and copy public records that exists in the United States, he said at p. 183:

By reason of the relatively few judicial decisions it is difficult, and probably unwise, to attempt any comprehensive definition of the right of access to judicial records or delineation of the factors to be taken into account in determining whether access is to be permitted. The question before us is limited to search warrants and informations. The response to that question, it seems to me, should be guided by several broad policy considerations, namely, respect for the privacy of the individual, protection of the administration of justice, implementation of the will of Parliament that a search warrant be an effective aid in the investigation of crime, and finally, a strong public policy in favour of "openness" in respect of judicial acts.

In emphasizing the need for openness with respect to judicial acts, Dickson J. stated at p. 185:

A. *La nature et la portée du droit, conféré par la common law, de consulter les documents judiciaires au Canada*

Il ne fait aucun doute qu'il existe au Canada un droit, découlant de la common law, de consulter les documents judiciaires. C'est de la nature et de la portée de ce droit que dépend l'issue du présent pourvoi. Le droit d'accès résultant de la common law revêt une importance capitale pour le bon fonctionnement des tribunaux et pour le maintien de la confiance du public dans le processus judiciaire. Il a été question du droit d'accès dans l'affaire *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, qui date d'avant la *Charte*. Dans cette affaire le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a reconnu clairement l'existence d'une forte présomption générale en faveur de l'accès aux dossiers judiciaires. Il a affirmé, à la p. 184:

En bref, ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent ou à réduire l'efficacité du mandat de perquisition comme arme dans la lutte continue de la société contre le crime.

Il a mentionné ensuite la nécessité d'une évaluation contextuelle pour décider de l'opportunité d'accorder l'accès dans des cas donnés. Ayant évoqué le droit général d'examiner et de copier les dossiers publics, dont jouissent les Américains, il ajoute, à la p. 183:

En raison du petit nombre de décisions judiciaires, il est difficile, et probablement peu sage, de vouloir donner une définition exhaustive du droit de consulter les dossiers judiciaires ou une délimitation précise des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il faut en permettre la consultation. La question qui nous est soumise est limitée aux mandats de perquisition et aux dénonciations. La solution de cette question me paraît dépendre de plusieurs grands principes généraux, notamment le respect de la vie privée des particuliers, la protection de l'administration de la justice, la réalisation de la volonté du législateur de faire du mandat de perquisition un outil efficace dans la détection du crime et, enfin, d'un principe cardinal d'intérêt public qui consiste à favoriser la «transparence» des procédures judiciaires.

En insistant sur la nécessité d'assurer la transparence des procédures judiciaires, le juge Dickson a fait remarquer, à la p. 185:

It is now well established, however, that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings.

#### B. *Some General Policy Considerations*

It is important that the public have confidence in the workings and proceedings of the courts. There can be a cathartic effect to a criminal trial. When a serious crime has been committed, the community quite naturally is outraged. In earlier times that sense of outrage sometimes led to vengeful acts which triggered a chain of violent action and reaction and occasionally led to mob violence. The criminal trial has pre-empted violence by providing an outlet and a means of sublimating the community's sense of outrage at the commission of a serious crime. It provides both a stage and a forum whereby the alleged crime can be explored and, if the accused is found to be guilty, the appropriate penalty imposed. An open trial process demonstrates to all, whether the family of the victim, the family of the accused, or the members of the community in general, that the entire criminal process has been conducted fairly and that those accused of crimes have been dealt with justly.

To operate effectively, the criminal law must have the support of the community. The public has traditionally, and very properly, had a compelling interest in the criminal trial process. In simpler days gone by, a significant segment of the community could attend criminal proceedings. Those who were present could and did advise their families and friends as to the nature of those proceedings. The process was, in the truest sense of the term, open to the public.

Obviously times have changed. Courtroom space is limited. Even if it were not, it is impossible for most members of the community to attend in court no matter how much they might wish to do so. Obligations to work and family make attendance impossible. The public is now represented by members of the media who are, in a very practical sense, the proxies of the community at the trial process. This has been

Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclut le public des procédures judiciaires.

#### B. *Quelques considérations générales d'ordre public*

Il importe que le public ait confiance dans le fonctionnement et dans les procédures des tribunaux. Un procès criminel peut avoir un effet cathartique. La perpétration d'un crime grave suscite, tout naturellement, l'indignation de la collectivité. Il fut un temps où cette indignation conduisait parfois à des actes de vengeance qui, à leur tour, déclenchaient une suite d'actions et de réactions violentes, et, dans certains cas, aboutissaient à des attroupements violents. Le procès criminel pare à la violence en fournissant à la collectivité un moyen de sublimer l'indignation que lui fait ressentir la perpétration d'un crime grave. Au procès, le crime imputé à l'accusé peut être examiné et, si ce dernier est reconnu coupable, la peine appropriée peut lui être infligée. La publicité du procès démontre à tous, que ce soit à la famille de la victime, à celle de l'accusé ou à la collectivité en général, que, du début à la fin, le processus criminel a été équitable et qu'on a été juste envers les inculpés.

L'efficacité du droit criminel dépend du soutien de la collectivité. Or le public a traditionnellement, à fort juste titre d'ailleurs, montré un vif intérêt pour le déroulement des procès criminels. À une époque plus simple, maintenant révolue, il était possible à une tranche importante de la collectivité d'assister aux procédures criminelles. Ceux qui y étaient présents pouvaient mettre leur famille et leurs amis au courant de la nature de ces procédures, et c'est ce qu'ils faisaient. Il s'agissait en fait d'un processus public dans toute la force du terme.

De toute évidence les choses ont changé. L'espace dans les salles d'audience est limité. Même s'il n'en était pas ainsi, la plupart des gens se trouveraient dans l'impossibilité d'assister à l'audience quand bien même ils le voudraient. Obligations de travail et obligations familiales concourent à rendre leur présence impossible. Donc, le public est représenté aujourd'hui par les médias qui, dans un sens très con-

recognized by reserving a special place for members of the press in most courtrooms.

The public has accepted the media as their representatives at the unfolding of the criminal process. However, it necessarily follows that the modern community must rely upon the media for a fair and accurate depiction of the proceedings in order to facilitate the public right to comment on and criticize that process. This simply cannot be done without the degree of openness which would provide the media with full access to court documents, records and exhibits. The more barriers that are placed in the way of access, the more suspect the proceedings become and the greater will be the irrational criticism of the process. It is through the press that the vitally important concept of the open court is preserved.

The open court principle has been clearly recognized by this Court in previous decisions. As noted above, the *MacIntyre* case, *supra*, emphasized the importance of public scrutiny of the courts. More recently, in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, I discussed the open court principle in the context of the s. 2(b) Charter right to freedom of expression. I stated at p. 1339:

It can be seen that freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society. It is also essential to a democracy and crucial to the rule of law that the courts are seen to function openly. The press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny.

With regard to the role which the media play in advancing this principle, the following appears at p. 1340:

It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as "listeners" or readers have a right to receive this infor-

cret, se substituent à la collectivité pendant le déroulement du procès. Ce phénomène est maintenant reconnu et une place spéciale est réservée aux membres de la presse dans la plupart des salles d'audience.

Le public a accepté les médias comme ses représentants au cours du processus criminel. D'où il s'en suit nécessairement, toutefois, que la collectivité moderne doit se fier aux médias pour un compte rendu juste et exact des procédures qui facilitera l'exercice du droit du public de commenter et de critiquer ce processus. Cela n'est simplement pas faisable sans un degré de transparence qui donne aux médias la possibilité de consulter sans restriction les documents, les dossiers et les pièces déposés auprès de la cour. Plus il y a d'obstacles à la consultation, plus les procédures sont suspectes et plus nombreuses seront les critiques irrationnelles du processus. C'est la presse qui assure le maintien du principe cardinal de la transparence des procédures judiciaires.

La notion de la transparence des procédures judiciaires a été clairement reconnue dans la jurisprudence de notre Cour. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, l'arrêt *MacIntyre*, précité, souligne l'importance de l'assujettissement des tribunaux à l'examen public. Plus récemment, dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, j'ai traité du principe de la transparence des procédures judiciaires dans le contexte de la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la Charte. J'y ai dit, à la p. 1339:

On voit que la liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public.

Au sujet du rôle joué par les médias dans l'application de ce principe, on peut lire ce qui suit, à la p. 1340:

C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'«auditeurs» ou de

mation. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

Although these remarks were made in the *Charter* context, the underlying principles are of general application and import in a democratic society. The rationale of the open court principle is important to the balancing exercise whether under the *Charter* or, as in the present case, at common law.

Appeals are the natural and frequent continuation of the criminal trial process. What is the community to make of a situation where an accused has been found guilty and the decision reversed by a court of appeal? No matter how right and proper that appellate decision may be, it will always be difficult for a community to accept. These difficulties will be magnified if the appellate court decision is based upon material which is not made accessible to the public's representative, the media.

Therefore, like the criminal trial, the criminal appeal should be as open as possible. The media, as the public's representative, should have access to all the exhibits which are part of the appeal proceedings and which may form the basis for the appellate court's decision. There can be no confidence in the criminal law process unless the public is satisfied with all court proceedings from the beginning of the process to the end of the final appeal. Of the three levels of government, it is the courts above all which must operate openly. While what is done in secret is forever suspect, what is done openly, whether susceptible to praise or condemnation, is more likely to meet with acceptance. There cannot be reasonable comment or criticism unless all aspects of the proceedings are known to the public.

lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

Quoique ces observations se placent dans le contexte de la *Charte*, les principes sous-jacents sont d'application et d'importance générales dans une société démocratique. La raison d'être du principe de la transparence des procédures judiciaires est importante pour l'évaluation qui doit être faite, que ce soit sous le régime de la *Charte* ou, comme c'est le cas en l'espèce, en vertu de la common law.

Les appels représentent le prolongement naturel et fréquent du déroulement du procès criminel. Or, que doit penser la collectivité d'une situation où un accusé a été reconnu coupable et où un tribunal d'appel écarte ce verdict de culpabilité? Pour juste et fondée que puisse être cette décision du tribunal d'appel, la collectivité aura toujours de la difficulté à l'accepter et cette difficulté s'accroîtra si la décision du tribunal d'appel repose sur des pièces qui n'ont pas été communiquées aux représentants du public, à savoir les médias.

Donc l'appel criminel, tout comme le procès criminel, doit présenter la plus grande transparence possible. Les médias, en leur qualité de représentants du public, doivent avoir accès à toutes les pièces qui font partie des procédures d'appel et qui peuvent constituer le fondement de la décision du tribunal d'appel. Le public n'aura confiance dans le processus du droit criminel que s'il est satisfait de la totalité des procédures judiciaires, du commencement du processus jusqu'à la fin du dernier appel. Plus encore qu'aux deux autres branches du gouvernement, c'est aux tribunaux qu'il incombe de fonctionner publiquement. Tandis que tout ce qui se fait dans le secret demeure à jamais suspect, ce qui s'accomplit ouvertement, qu'il suscite louanges ou condamnation, sera plus probablement accepté. Des commentaires et des critiques raisonnables ne deviennent possibles que si le public est mis au courant de tous les aspects des procédures.

In the absence of some overriding principle, there should, in my view, be access to the tapes filed as exhibits at trial and on appeal. Particularly is this true in a situation such as the present where the issue of the admissibility of the tapes formed the very basis of the appeal court decision. Access is essential if the community is to continue to support and have confidence in the work of the courts, particularly in the criminal context. Let us see if there is any such overriding principle applicable in this case.

C. *Should Access be Denied on the Grounds that the Tapes were Found to be Inadmissible?*

In arguing that access to the tapes should be denied, Nugent emphasized that the tapes had been ruled inadmissible by the Court of Appeal as having been obtained in violation of his *Charter* and common law rights. Nugent argued that the tapes should not remain part of the public record after the Court of Appeal made "the very pointed rulings that resulted in their inadmissibility".

In the American case of *Criden, supra*, there was a question as to the admissibility of the tapes filed in evidence. Nevertheless, the Third Circuit Court of Appeals ruled that the public interest in access prevailed over the issue of admissibility. Noting that the right of access is based on the public's interest in seeing and knowing the events which actually transpired, the Court pointed out that it would be unduly restrictive of the right of access were it to be confined to evidence found to have been properly admitted. Only through access can the public reasonably consider and criticize the rulings of the court, including rulings as to admissibility. Therefore, it would appear that in the United States access to the tapes would not be denied simply because they were ruled inadmissible. The approach of the Third Circuit Court of Appeals seems eminently sound.

It is not without significance that in the case at bar the majority of the Court of Appeal indicated that there was nothing manifest on the videotape itself

J'estime qu'en l'absence de quelque principe impérieux qui commande le contraire, l'accès aux bandes magnétiques produites comme pièces au procès et en appel devrait être permis. Cela vaut particulièrement dans une situation comme celle qui se présente en l'espèce où la question de l'admissibilité des bandes magnétiques était à la base même de la décision du tribunal d'appel. L'accès est indispensable pour que la collectivité continue à soutenir les tribunaux et à avoir confiance en eux, surtout en matière pénale. Examinons donc s'il existe un tel principe impérieux qui s'applique en l'espèce.

C. *L'accès aux bandes magnétiques devrait-il être refusé en raison de leur inadmissibilité?*

À l'appui de son argument selon lequel l'accès aux bandes magnétiques devrait être refusé, Nugent a souligné que celles-ci avaient été jugées inadmissibles par la Cour d'appel puisqu'on les avait obtenues d'une manière qui violait les droits dont il jouissait tant aux termes de la *Charte* qu'en vertu de la common law. Les enregistrements, a fait valoir Nugent, ne devraient pas continuer à faire partie du dossier public, vu que la Cour d'appel [TRADUCTION] «a conclu catégoriquement à leur inadmissibilité».

Dans l'affaire américaine *Criden*, précitée, il a été question de l'admissibilité des bandes magnétiques produites en preuve. La Third Circuit Court of Appeals a décidé néanmoins que l'intérêt qu'avait le public à ce qu'il y ait communication l'emportait sur la question de l'admissibilité. Notant que le droit d'accès repose sur l'intérêt du public à voir et à savoir ce qui s'est en fait passé, la cour a fait remarquer que ce serait imposer des restrictions indues au droit d'accès que de le limiter à la preuve jugée avoir été admise régulièrement. C'est l'accès seulement qui permet au public d'examiner et de critiquer raisonnablement les décisions du tribunal, notamment celles concernant l'admissibilité. Il paraît donc qu'aux États-Unis l'accès aux bandes magnétiques ne serait pas refusé du seul fait de leur inadmissibilité. La position de la Third Circuit Court of Appeals me semble éminemment raisonnable.

Fait révélateur, en l'espèce la majorité des juges de la Cour d'appel ont indiqué que la bande vidéo ne contenait rien qui la rende manifestement inadmissi-

which would make it inadmissible; rather, it is what had transpired earlier which rendered it so. This contrasts with the situation with respect to some of the audio tapes which should clearly not have been admitted in view of the police conduct recorded on the tapes themselves. Apart from any question of prior police misconduct, a viewing of the videotape demonstrates that there is nothing in it that would cater to a morbid or prurient appetite. It is a measured, unemotional recounting of a killing. If anything to do with a murder case can be said to be unexceptional, this tape fits that description.

Should the issue of admissibility in itself prohibit access to the tapes? I think not. The media as the agent of the public ought to have access to the tapes and be able to make copies of them. The public has a right to know what was excluded by the appellate court and the reason for its exclusion. To prohibit access to all evidence which has been ruled inadmissible would permit the courts to operate in secret.

Although it is necessary and appropriate that rulings be made at the trial level as to what may be properly admitted for consideration by the triers of fact, the trial is now over. The principal issue in the Court of Appeal was the admissibility of the taped evidence. There should not be a priestly cult of the law whereby lawyers and judges exclusively determine those items of the appeal record which can be seen and heard by members of the public. What evidence is admitted or excluded usually determines the outcome of a trial. Appeal court decisions on this issue are important to the public. Anything that prevents light being shed upon the subject can only lead to dark suspicion of the process.

The ruling of the Court of Appeal was based to a large extent on the denial to Nugent of his *Charter* right to counsel. Section 24(2) of the *Charter* provides:

ble; l'inadmissibilité tenait plutôt aux événements antérieurs. Il en est autrement de certaines bandes audio, lesquelles n'auraient manifestement pas dû être admises en preuve compte tenu de la conduite policière qui y était enregistrée. Mise à part toute question d'une précédente inconduite policière, on constate au vu de la bande vidéo que celle-ci ne renferme rien qui soit susceptible de satisfaire des appétits morbides ou malsains. Elle relate de façon mesurée et calme la perpétration d'un homicide. Pour autant que quelque chose se rapportant à un meurtre puisse être qualifié de banal, c'est le cas de cette bande vidéo.

c

La question de l'admissibilité devrait-elle constituer comme telle un empêchement à l'accès aux bandes magnétiques? Je ne le crois pas. Les médias, en tant que représentants du public, devraient y avoir accès et pouvoir en faire des copies. Le public a le droit de savoir ce qu'a exclu le tribunal d'appel et le motif de l'exclusion. Interdire l'accès à tous les éléments de preuve qui ont été jugés inadmissibles serait permettre aux tribunaux de fonctionner dans le secret.

Il est certes nécessaire et convenable que le tribunal de première instance décide de ce qui peut être légitimement soumis à l'examen des juges des faits, mais le procès est maintenant terminé. La Cour d'appel a été saisie principalement de la question de l'admissibilité de la preuve enregistrée sur bande magnétique. Il ne faut pas que le droit s'enlise dans un éso térisme où il appartiendrait exclusivement aux avocats et aux juges de décider quelles parties du dossier d'appel peuvent être vues et entendues par le public. L'issue d'un procès dépend normalement des éléments de preuve qui sont admis ou exclus. Les décisions rendues par un tribunal d'appel sur cette question sont importantes pour le public. Et tout ce qui empêche de jeter de la lumière là-dessus ne manquera pas d'éveiller de sombres soupçons à l'égard du processus.

La Cour d'appel a fondé son jugement en l'espèce dans une grande mesure sur le fait que Nugent a subi une atteinte au droit, garanti par la *Charte*, d'avoir recours aux services d'un avocat. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* dispose:

24. . . .

(2) Where . . . 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 importance of the *Charter* as the supreme law of the land cannot be denied. It follows as the night the day that the public has a right to know what courts consider to be evidence which is so unacceptable that its admission would bring the administration of justice into disrepute. The public should be able to comment on and, if appropriate, to criticize the court's position on that issue. It is a matter of public importance, interest and concern.

In this case, judicial opinion differed on the issue of admissibility. The trial judge admitted all the tapes. Four members of the Court of Appeal held all of the tapes to be inadmissible. The dissenting member of the court would have admitted the videotape and most of the audio tapes. This diversity of views on the issue of admissibility further supports the case for access, since the public is entitled to know the actual evidence that was the subject of differing judicial opinion. I therefore conclude that the fact that the tapes were ruled inadmissible should not constitute a bar to their accessibility by the media. The public has a right to know what was ruled admissible and the reason for that ruling.

D. *Did the Production and Playing of the Tapes in Open Court Satisfy the Common Law Right to Access?*

It was argued that the production and playing of the tapes during the trial satisfied the common law right of access and the underlying open court principle.

It may be that in some cases the production of audio or video tapes in open court would satisfy the

24. . . .

(2) Lorsque [. . .] le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'importance de la *Charte* en tant que loi suprême du pays ne fait aucun doute. Il s'ensuit inéluctablement que le public a le droit de savoir ce que les tribunaux considèrent comme des éléments de preuve tellement inacceptables que leur admission déconsidérerait l'administration de la justice. Le public devrait être en mesure de commenter et, le cas échéant, de critiquer la prise de position du tribunal sur ce point. Il s'agit là d'une question importante d'intérêt public.

En l'espèce, les opinions des tribunaux ont divergé sur la question de l'admissibilité. Le juge du procès a admis en preuve toutes les bandes magnétiques. Quatre membres de la Cour d'appel les ont toutes déclarées inadmissibles. Quant au juge dissident en Cour d'appel, il était d'avis d'admettre la bande vidéo et la plupart des bandes audio. Cette diversité d'opinions au sujet de l'admissibilité vient étayer davantage l'argument en faveur de l'accès puisque le public est en droit de savoir en quoi consistent au juste les éléments de preuve qui ont suscité des divergences d'opinions parmi les juges. Je conclus en conséquence que ce n'est pas parce que les bandes magnétiques ont été jugées inadmissibles que les médias ne devraient pas y avoir accès. Le public a le droit de savoir ce qui a été déclaré inadmissible et pour quelle raison.

D. *Le fait de produire les bandes magnétiques et de les passer en audience publique suffit-il pour respecter le droit d'accès découlant de la common law?*

On a soutenu que le droit d'accès découlant de la common law ainsi que le principe sous-jacent de la transparence des procédures judiciaires ont été respectés du fait que les enregistrements ont été produits et passés au cours du procès.

Il se peut que dans certains cas la production de bandes audio ou vidéo en audience publique suffise



public's right of access to those tapes. However, it cannot be forgotten that the ruling as to their inadmissibility determined the outcome of the appeal. So far as the community in which Nugent lived was concerned, he had been found guilty by a jury of his peers. The community and the public in general had a right to know the basis for the reversal of that decision by the Court of Appeal.

Surely the media cannot be faulted for not knowing at the time of trial what grounds of appeal might be raised or the issues upon which an appeal would be decided. Even experienced appellate counsel often raise additional legal issues that were not considered at trial. The media, on behalf of the public, are entitled to gain access to and copy the tapes which became the focal point of the appeal. It is neither fair nor reasonable to say that the media at trial should have recognized the legal issue or anticipated the centrality of the question of admissibility of the tapes on appeal and reported and commented on the tapes accordingly.

In my view, it cannot be said that the production of the tapes at trial satisfies the principle of open courts. The appellate proceeding must be as open as the trial. Court records and documents, including exhibits filed at trial which form part of the appeal record, should, as a general rule, be open to all. The fact that the tape has been played before should not weaken any claim for access. Indeed, the fact that the tape has been publicly viewed renders the privacy interest less compelling. The view expressed by the Third Circuit Court of Appeals in the *Criden* case, *supra*, is apposite (at p. 828):

Whatever the validity of the original ruling, the tapes were in fact admitted into evidence, their contents publicized, and the transcripts of the tapes released to the press. Thus, whatever privacy right defendants may

pour que soit respecté le droit du public à la communication de ces bandes. N'oublions pas toutefois que la conclusion à leur inadmissibilité a été déterminante en appel. En ce qui concernait la collectivité dont Nugent faisait partie, celui-ci avait été reconnu coupable par un jury composé de ses pairs. La collectivité et le public en général avaient le droit de connaître le fondement de l'infirmité de ce verdict par la Cour d'appel.

On ne peut certainement pas blâmer les médias de ne pas avoir su au moment du procès quels moyens d'appel pourraient être invoqués ou sur quelles questions un tribunal d'appel fonderait sa décision. Même les avocats expérimentés en matière d'appel soulèvent souvent de nouveaux points de droit qui n'ont pas été abordés au procès. Les médias, en tant que représentants du public, ont le droit de consulter et de copier les enregistrements dont il a été principalement question en appel. Il n'est ni juste ni raisonnable de prétendre que les médias présents au procès auraient dû discerner la question de droit ou prévoir l'importance capitale que revêtirait en appel la question de l'admissibilité des bandes magnétiques, et de dire que leurs reportages et commentaires sur les enregistrements auraient dû être conçus en conséquence.

Selon moi, on ne saurait affirmer que le principe de la transparence des procédures judiciaires est respecté dès lors que les bandes magnétiques sont produites au procès. Les procédures d'appel se doivent d'être tout aussi transparentes que le procès. Il faut en règle générale que les dossiers et documents judiciaires, y compris les pièces produites au procès qui font partie du dossier d'appel, soient accessibles à tous. Le fait que la bande ait déjà été passée ne devrait pas affaiblir une demande d'accès. De fait, l'intérêt que l'on peut avoir dans le respect de sa vie privée est d'autant moins concluant que la bande vidéo a déjà été vue en public. L'opinion exprimée par la Third Circuit Court of Appeals dans l'affaire *Criden*, précitée, est très pertinente à ce propos (à la p. 828):

[TRADUCTION] Indépendamment du bien-fondé de la décision initiale, les bandes magnétiques ont été en fait admises en preuve, leur contenu a été rendu public et des transcriptions ont été communiquées à la presse. Les

have claimed in such tapes is irretrievably lost, and if any remedy remains, it must perforce be confined to appellate action with regard to the underlying conviction.

Developments in Canada since 1982 have raised the common law right of access and the open court principle on which it is based to even greater prominence. With the advent of the *Charter of Rights and Freedoms*, courts are playing a far wider role in the affairs of all Canadians than ever before. The concepts of freedom of religion, freedom of expression and equality rights have been and will continue to be before the courts. With this widening judicial role, there is an increased public interest in judicial decisions and their effects. As a result, the principle of open courts has attained ever-greater significance. When the balancing of competing rights and interests is undertaken, due weight must be given to the added importance of open courts. What is done by the courts away from the clear light of public scrutiny fosters public suspicion, no matter how ill founded that suspicion might be. Suspicion nurtures the cancerous growth of mistrust which must, if possible, be avoided.

In this case, on balancing the privacy considerations of Nugent against the principle of open courts, the openness of the courts must prevail. This result is necessary to avoid ill-founded suspicion of the courts and to maintain public confidence in the administration of justice. It is openness which maintains both the integrity of the court system and public confidence in it. The preservation of that essential policy of openness must outweigh Mr. Nugent's privacy interest in the tapes which were already displayed to the public at the time of trial.

#### E. *Proprietary Interests*

Finally, my colleague has raised the issue of proprietary interests in exhibits. With respect, I am of the

défendeurs perdent donc à tout jamais tout droit au respect de la vie privée qu'ils auraient pu invoquer à l'égard de ces enregistrements et s'ils peuvent encore exercer un recours, celui-ci doit nécessairement se limiter à un appel contre le verdict de culpabilité.

Depuis 1982, le droit d'accès conféré par la common law ainsi que le principe de la transparence des procédures judiciaires sur lequel il repose ont pris encore plus d'importance au Canada. En effet, à la suite de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* les tribunaux jouent dans les affaires de tous les Canadiens un rôle plus grand que jamais. Ils ont eu, et continueront d'avoir, à se prononcer sur la liberté de religion, la liberté d'expression et les droits à l'égalité. Cet élargissement du rôle des tribunaux éveille chez le public un intérêt accru pour les décisions judiciaires et leurs effets. Par conséquent, l'importance du principe de la transparence des procédures judiciaires ne cesse de croître. D'où la nécessité, quand on soupèse les droits et les intérêts opposés, de prendre dûment en considération l'importance accrue de la transparence des procédures judiciaires. Tout ce que font les tribunaux en se dérochant au regard pénétrant du public engendre la suspicion du public, si mal fondée qu'elle puisse être. La suspicion favorise à son tour l'accroissement de ce cancer qu'est la méfiance. C'est là une conséquence à laquelle il faut, autant que possible, parer.

Quand on soupèse en l'espèce le droit de Nugent au respect de sa vie privée et le principe de la transparence des procédures judiciaires, c'est ce dernier principe qui doit l'emporter. Ce résultat s'impose pour éviter les suspicions mal fondées à l'égard des tribunaux et pour maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. C'est la transparence qui assure à la fois l'intégrité des tribunaux et la confiance du public en ceux-ci. Le maintien de cette politique essentielle de transparence prend nécessairement le pas sur le droit au respect de la vie privée revendiqué par M. Nugent à l'égard des enregistrements, lesquels ont déjà été rendus publics au cours du procès.

#### E. *Les droits de propriété*

En dernier lieu, mon collègue a soulevé la question des droits de propriété sur les pièces produites en

view that it does not arise in the present case. Regardless of the question of ownership of the audio and video tapes, the fact remains that the tapes were in the custody of the Supreme Court of Nova Scotia at the time the application for access was brought. Thus, it was entirely appropriate that a party seeking access apply to the court; indeed, this was the only manner a party seeking access could proceed. Once the application was made, the court was correct in retaining custody of the exhibits until the question of access was determined. Its right to do so flows from a court's supervisory and protecting power over its own records, as recognized by this Court in *MacIntyre, supra*. As a result, I am of the view that the question of proprietary interest in the tapes is irrelevant to the determination of the present appeal.

### Conclusion

There can be no question that there must be a strong presumption in favour of openness to ensure judicial accountability. Certainly, it is clear that the right of access not only facilitates the openness of court processes, but also promotes and advances the constitutional values of freedom of expression. As a result, it is deserving of recognition and protection in appropriate instances, of which the present case is a prime example. Accordingly, I am of the view that access was properly granted in the present case.

### The Discretionary Nature of the Order of the Trial Judge and Appellate Review of that Order

There is a further and independent basis for upholding the decision of the judge of first instance. Glube C.J.T.D. considered the matter fully before granting access to the tapes. She was well aware of the effect that the reproduction or broadcast of the tapes might have upon Nugent and specifically reserved the question of what use might be made of the tapes. Referring to the videotape, she stated that steps might be taken to protect the identity of Nugent. It was clearly implicit in her order that before any use

preuve. Avec égards, j'estime que cette question ne se pose pas en l'espèce. En effet, indépendamment de la question de la propriété des bandes audio et vidéo, il reste qu'elles se trouvaient sous la garde de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse au moment où la demande d'accès a été présentée. Il était donc tout à fait indiqué qu'une demande d'accès soit adressée à cette cour; c'était en fait la seule façon de procéder. Une fois saisie de la demande, la cour a eu raison de garder les pièces en attendant que soit tranchée la question de l'accès. Son droit d'agir de la sorte découle du pouvoir de surveillance et de protection que détient un tribunal à l'égard de ses propres dossiers, pouvoir qui a été reconnu par notre Cour dans l'arrêt *MacIntyre*, précité. Par conséquent, je suis d'avis que la question de l'existence d'un droit de propriété sur les bandes magnétiques n'a aucune pertinence aux fins de la décision à rendre dans le présent pourvoi.

### Conclusion

La nécessité d'une forte présomption en faveur de la transparence des procédures judiciaires afin de rendre les tribunaux comptables de leurs actes ne fait aucun doute. Certes, il est évident que le droit d'accès sert non seulement à favoriser la transparence des procédures judiciaires, mais aussi à promouvoir les valeurs constitutionnelles inhérentes à la liberté d'expression. Ce droit mérite donc d'être reconnu et d'être protégé lorsque les circonstances l'exigent, ce qui est notamment le cas en l'espèce. Cela étant, j'estime que c'est à bon droit que l'accès a été accordé dans la présente instance.

### La nature discrétionnaire de l'ordonnance du juge de première instance et l'examen de cette ordonnance par la Cour d'appel

Il y a une autre raison, distincte, qui milite en faveur de la confirmation de la décision du juge de première instance. Le juge en chef Glube de la Section de première instance a fait un examen approfondi de la question avant d'ordonner la communication des enregistrements. Bien consciente des conséquences que pouvait avoir pour Nugent la reproduction ou la diffusion de ceux-ci, elle s'est expressément abstenue de statuer sur la question de l'usage qu'on pouvait faire des bandes magnétiques.

could be made of the tapes, the matter was to come before her again once the media had gained access. Thus, the trial judge carefully considered the matter before exercising her discretion. I would note in passing that the question as to what steps might properly be taken to control the use of the tapes is not before this Court. The sole issue is the media's right of access to the tapes.

It is clear that an appellate court should not interfere with a discretionary order unless a significant error is revealed. In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, Beetz J., speaking for the Court, quoted, at p. 155, with approval from the decision of the House of Lords in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042. The latter case emphasized the limits imposed upon a court of appeal in substituting its own discretion for that of a motion judge granting an interlocutory injunction, even in situations where the appellate court has had the benefit of additional evidence. In that case Lord Diplock stated:

... it is I think appropriate to remind your Lordships of the limited function of an appellate court in an appeal of this kind. An interlocutory injunction is a discretionary relief and the discretion whether or not to grant it is vested in the High Court judge by whom the application for it is heard. On an appeal from the judge's grant or refusal of an interlocutory injunction the function of an appellate court, whether it be the Court of Appeal or your Lordships' House, is not to exercise an independent discretion of its own. It must defer to the judge's exercise of his discretion and must not interfere with it merely on the ground that the members of the appellate court would have exercised the discretion differently. The function of the appellate court is initially one of review only. It may set aside the judge's exercise of his discretion on the ground that it was based on a misunderstanding of the law or of the evidence before him or on an inference that particular facts existed or did not exist, which, although it was one that might legitimately

Au sujet de la bande vidéo, elle a dit que des mesures pourraient être prises pour assurer la protection de l'identité de Nugent. Il se dégage de façon clairement implicite de son ordonnance qu'avant qu'on ne puisse utiliser les bandes, la question devait lui être soumise de nouveau dès que les médias en auraient reçu la communication. Le juge de première instance a donc étudié la question attentivement avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Je signale en passant que notre Cour ne se trouve pas saisie de la question des mesures qu'il conviendrait de prendre pour contrôler l'utilisation des bandes magnétiques. L'unique question est celle du droit des médias d'avoir accès à ces bandes.

Il est évident qu'un tribunal d'appel ne devrait toucher à une ordonnance discrétionnaire que si une erreur grave a été relevée. Dans l'affaire *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz, parlant au nom de la Cour, a cité, à la p. 155, en l'approuvant un passage tiré de l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042. Ce dernier arrêt insiste sur la mesure limitée dans laquelle un tribunal d'appel peut substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui d'un juge des requêtes qui a accordé une injonction interlocutoire, même dans des cas où le tribunal d'appel a bénéficié d'éléments de preuve supplémentaires. Dans cet arrêt-là, lord Diplock a affirmé:

[TRADUCTION] ... je crois qu'il convient de rappeler à vos Seigneuries le rôle limité d'un tribunal d'appel dans un appel de ce genre. Une injonction interlocutoire est un redressement discrétionnaire et c'est le juge de la Haute Cour saisi de la demande visant à obtenir ce redressement qui détient le pouvoir discrétionnaire de l'accorder ou de ne pas l'accorder. Lorsque la décision du juge d'accorder ou de refuser une injonction interlocutoire est portée en appel, la tâche du tribunal d'appel, que ce soit la Cour d'appel ou cette Chambre, ne consiste pas à exercer un pouvoir discrétionnaire indépendant qui lui est propre. Ce tribunal doit déférer à la décision prise par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et ne doit pas modifier cette décision simplement parce que ses membres auraient exercé le pouvoir discrétionnaire différemment. Au départ, le tribunal d'appel n'a qu'une fonction de révision. Il peut annuler la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit pour le motif que cette

have been drawn on the evidence that was before the judge, can be demonstrated to be wrong by further evidence that has become available by the time of the appeal, or on the ground that there has been a change of circumstances after the judge made his order that would have justified his acceding to an application to vary it. Since reasons given by judges for granting or refusing interlocutory injunctions may sometimes be sketchy, there may also be occasional cases where even though no erroneous assumption of law or fact can be identified the judge's decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge regardful of his duty to act judicially could have reached it. It is only if and after the appellate court has reached the conclusion that the judge's exercise of his discretion must be set aside for one or other of these reasons that it becomes entitled to exercise an original discretion of its own.

I can find no error that would justify setting aside the order of Glube C.J.T.D. Indeed, in my view, the decision in *MacIntyre, supra*, would lead to the conclusion that Glube C.J.T.D. was correct in the order which she granted.

### Summary

There is a common law right of access to judicial records and this right includes the opportunity to inspect and to copy such records.

It is not necessary in this case to consider whether that right is guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Nevertheless, the right of access plays an important role in promoting openness of the courts and accountability of the judiciary, and clearly advances the values enshrined in s. 2(b) of the *Charter*.

There is a very strong presumption in favour of access. That presumption must be balanced against other important rights and interests.

The balancing exercise must be conducted on a case-by-case basis. Any order made with regard to

décision repose sur une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui ou sur une conclusion à l'existence ou à l'inexistence de certains faits, conclusion dont, bien qu'elle puisse avoir été justifiée par la preuve produite devant le juge, le caractère erroné peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, soit pour le motif qu'après que le juge a rendu son ordonnance les circonstances ont changé d'une manière qui aurait justifié qu'il accède à une demande en modification de cette ordonnance. Puisque les raisons données par les juges pour accorder ou refuser des injonctions interlocutoires se révèlent parfois sommaires, il peut à l'occasion y avoir des cas où, bien qu'on ne puisse découvrir aucune conclusion erronée de droit ou de fait, la décision du juge d'accorder ou de refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable conscient de son obligation d'agir judiciairement aurait pu la rendre. Ce n'est que si le tribunal d'appel a conclu que la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire doit être écartée pour l'une ou l'autre raison susmentionnée qu'il est autorisé à exercer son propre pouvoir discrétionnaire.

Je ne puis trouver aucune erreur de nature à justifier l'annulation de l'ordonnance du juge en chef Glube. Il me semble en fait, suivant l'arrêt *MacIntyre*, précité, que l'ordonnance rendue par le juge en chef Glube était bien fondée.

### Résumé

Il existe en common law un droit de consulter les dossiers judiciaires, et la possibilité d'examiner et de copier ces dossiers en fait partie.

Point n'est besoin en l'espèce de se demander s'il s'agit là d'un droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. Le droit d'accès joue néanmoins un rôle important en ce qu'il favorise la transparence des procédures judiciaires et rend les juges plus comptables de leurs actes. Il sert en outre, de toute évidence, à promouvoir les valeurs consacrées à l'al. 2b) de la *Charte*.

Il existe une très forte présomption en faveur de l'accès, laquelle est à soulever avec d'autres droits et intérêts importants.

Ce dernier exercice doit se faire cas par cas. L'ordonnance rendue en matière d'accès revêt un caract-

access is discretionary. If access is to be denied, the trial court should outline the opposing interests which have been deemed sufficient to overcome the strong presumption in favour of the common law right of access.

In considering and balancing the right of Nugent to privacy, it must be remembered that Nugent has undergone a trial and the tapes were played in public. In those circumstances the right to privacy, although it always must be taken into account, is of less weight than it would be had the tapes never been played. Further, the importance of the openness of the courts and judicial accountability weighs heavily in favour of access in the present case.

Appellate deference should be accorded to the discretionary order of the trial judge concerning access. See *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, *supra*.

### Disposition

The trial judge's decision to grant access in this case is reasonable and should be upheld. In the result, I would allow the appeal and restore the order of the judge of first instance.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, CORY and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Boyne, Clarke, Dartmouth.*

*Solicitor for the respondent the Prothonotary of the Supreme Court of Nova Scotia at Halifax: The Department of the Attorney General, Halifax.*

*Solicitors for the respondent Nugent: Coady, Filliter, Halifax.*

*Solicitors for the intervener: Gordon, Strathy & Henderson, Ottawa.*

rière discrétionnaire. S'il refuse d'accorder l'accès, le tribunal de première instance devrait indiquer les intérêts opposés qui ont été jugés suffisants pour l'emporter sur la forte présomption en faveur du droit d'accès découlant de la common law.

Quand on examine et qu'on soupèse le droit de Nugent au respect de sa vie privée, il faut se rappeler que ce dernier a subi un procès et que les bandes magnétiques ont été passées en public. Dans ces circonstances, le droit au respect de la vie privée, bien qu'il doive toujours être pris en considération, pèse moins lourd qu'il ne le ferait dans l'hypothèse où les bandes n'auraient jamais été passées. En outre, l'importance de la transparence des procédures judiciaires et de l'obligation des juges de rendre compte de leurs actes milite fortement en faveur de la communication en l'espèce.

Il convient que le tribunal d'appel fasse preuve de retenue à l'égard de l'ordonnance discrétionnaire en matière d'accès rendue par le juge de première instance. Voir l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, précité.

### Dispositif

La décision du juge de première instance d'accorder l'accès en l'espèce est raisonnable et doit être maintenue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du premier juge.

*Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, CORY et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Boyne, Clarke, Dartmouth.*

*Procureur de l'intimé le protonotaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse à Halifax: Le ministère du Procureur général, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé Nugent: Coady, Filliter, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenante: Gordon, Strathy & Henderson, Ottawa.*

**Norman MacPherson Smith** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SMITH

File No.: 21769.

1991: January 25; 1991: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Waiver — Police informing accused of his right to counsel upon arrest in connection with shooting incident — Police failing to specify that victim was dead — Accused's right to be informed of reasons for arrest infringed — Whether accused properly informed of his right to counsel — Whether accused had sufficient information to make his waiver of counsel valid — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused arrested in connection with shooting incident — Police failing to specify that victim was dead — Accused's right to be informed of reasons for arrest infringed — Accused making statement — Whether accused's statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), 24(2).*

*Criminal law — Murder — Charge to jury — Whether trial judge's reference to criminal negligence in instructing jury on definition of murder invalidates charge.*

The accused was charged with first degree murder. The evidence indicated that, after several hours of drinking with two friends and the victim at the victim's residence, a fight occurred and the accused was severely beaten. The accused left but returned a few minutes later with a shotgun. The victim taunted him. The accused fired, striking the victim in the face and on the chest. The accused left the scene immediately, returned

**Norman MacPherson Smith** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SMITH

N° du greffe: 21769.

1991: 25 janvier; 1991: 28 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation — Les policiers ont informé l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat lors de son arrestation en rapport avec une fusillade — Omission par les policiers de préciser que la victime était décédée — Violation du droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation — L'accusé a-t-il été convenablement informé de son droit à l'assistance d'un avocat? — L'accusé avait-il assez de renseignements pour que sa renonciation à l'assistance d'un avocat soit valide? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Accusé arrêté en rapport avec une fusillade — Omission par les policiers de préciser que la victime était décédée — Violation du droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation — Déclaration faite par l'accusé — La déclaration de l'accusé doit-elle être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), 24(2).*

*Droit criminel — Meurtre — Exposé au jury — La mention par le juge du procès de la négligence criminelle dans ses directives au jury sur la définition du meurtre invalide-t-elle l'exposé?*

L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré. Il ressort de la preuve qu'après plusieurs heures de libations avec deux amis et la victime, à la résidence de celle-ci, il y a eu une altercation et que l'accusé a été roué de coups. L'accusé est parti pour revenir quelques minutes plus tard avec un fusil. La victime s'est moquée de lui. L'accusé a tiré et a atteint la victime au visage et à la poitrine. L'accusé est parti immédiatement, est

directly to his home, and substituted a rifle and ammunition for the shotgun. He then proceeded to his sister's house. The next morning he called the police and surrendered. In the police vehicle, an officer advised him that he was under arrest "for a shooting incident" at the victim's residence, told him that he had the right to retain and instruct counsel without delay and provided him with the standard police warning. The accused replied that he understood his rights. At the police station, the officer gave the accused a second opportunity to exercise his rights. The accused declined and made a statement in which he admitted the shooting but sought to explain it on the grounds of drunkenness and provocation. The accused was informed that the victim of the shooting had died about an hour after his statement was completed.

It was not disputed at trial that the accused had fired the shot that killed the victim. The main defences were drunkenness and provocation. Defence counsel argued that the accused's statement should not be admitted because it violated ss. 10(a) and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, on the ground that the police had not informed the accused upon his arrest of the fact that the victim was dead. The trial judge held that the statement was voluntary and should not be excluded for non-compliance with the *Charter*, given that the statements of the police upon arrest were "generally true" and given that it was clear that the accused knew that "he had been involved in a most serious crime". In charging the jury, the trial judge provided instruction with respect to both the elements of first and second degree murder and the meaning of planning and deliberation. Before defining murder, the trial judge also instructed the jury on the matter of criminal negligence and stated that pointing a loaded shotgun at someone while drunk is criminal negligence. The jury returned with a verdict of guilty of second degree murder and the majority of the Court of Appeal upheld the accused's conviction.

In this Court, as in the Court of Appeal, the Crown conceded that the accused's right to be informed promptly of the reasons for his arrest guaranteed by s. 10(a) of the *Charter* had been infringed. The present appeal is to determine (1) whether the accused had sufficient information to properly appreciate his need for counsel and to make a valid decision as to whether to waive his right to counsel; (2) whether the accused's statement should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*; and (3) whether the trial judge's

retourné directement chez lui et a remplacé le fusil par une carabine et des munitions. Il s'est ensuite rendu chez sa sœur. Le lendemain matin, il a appelé les policiers et s'est rendu. Dans le véhicule de police, un agent l'a avisé qu'il était en état d'arrestation «en rapport avec une fusillade» survenue à la résidence de la victime, il lui a dit qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et lui a donné l'avertissement normal de la police. L'accusé a répondu qu'il comprenait l'étendue de ses droits. Au poste de police, l'agent a donné à l'accusé une deuxième occasion d'exercer ses droits. L'accusé a refusé et a fait une déclaration dans laquelle il admettait la fusillade mais cherchait à l'expliquer sur le fondement de l'état d'ébriété et de la provocation. L'accusé a été informé du décès de la victime de la fusillade environ une heure après sa déclaration.

Il n'était pas contesté au procès que l'accusé avait tiré le coup qui avait tué la victime. Les moyens de défense principaux étaient ceux de l'ivresse et de la provocation. L'avocat de la défense a soutenu que la déclaration de l'accusé ne devait pas être utilisée parce qu'elle violait les al. 10(a) et 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisque les policiers n'avaient pas informé l'accusé, lors de son arrestation, du fait que la victime était décédée. Le juge du procès a conclu que la déclaration était volontaire et ne devait pas être écartée pour cause de non-respect de la *Charte*, étant donné que les déclarations des policiers lors de l'arrestation étaient «vraies dans l'ensemble» et qu'il était évident que l'accusé savait qu'il avait été impliqué dans un crime très grave». Dans son exposé au jury, le juge du procès a donné des directives sur les éléments des meurtres au premier et au deuxième degré et sur la signification de la préméditation et du propos délibéré. Avant de définir le meurtre, le juge du procès a également donné des directives au jury sur la question de la négligence criminelle et a dit que pour une personne en état d'ébriété le fait de pointer un fusil chargé en direction d'une autre personne constituait de la négligence criminelle. Le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré et la Cour d'appel à la majorité a maintenu la déclaration de culpabilité de l'accusé.

Devant notre Cour, comme en Cour d'appel, le ministre public a reconnu qu'il y avait eu violation du droit de l'accusé, en vertu de l'al. 10(a) de la *Charte*, d'être informé sans délai des motifs de son arrestation. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si l'accusé possédait suffisamment de renseignements pour évaluer correctement son besoin de recourir à l'assistance d'un avocat et pour prendre une décision valide quant à savoir s'il devait renoncer à ce droit; (2) si la déclaration de l'accusé aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2)



charge to the jury was in error in that it gave the impression that criminal negligence was sufficient to support the mental element required to constitute murder.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The accused's understanding of his situation is relevant in determining whether he has made a valid and informed waiver. This approach is mandated by s. 10(a) of the *Charter*, which gives a detainee the right to be promptly advised of the reasons for his detention. Regardless of whether the focus is on the sufficiency of the initial s. 10(b) advice or on the waiver, to establish a valid waiver of the right to counsel the trial judge must be satisfied that in all the circumstances revealed by the evidence the accused generally understood the jeopardy in which he found himself and appreciated the consequences of his decision to dispense with counsel. The accused need not be aware of the precise charge faced or of all the factual details of the case. What is required is that he be possessed of sufficient information to allow him to make an informed and appropriate decision as to whether or not to speak to a lawyer. The emphasis should be on the reality of the total situation as it impacts on the understanding of the accused, rather than on technical detail of what the accused may or may not have been told. In this case, the accused possessed sufficient appreciation of the extent of his jeopardy to permit him to validly waive his right to counsel. The evidence supports the trial judge's conclusion that the accused was aware that his situation was one of the most grave seriousness as he must have known, or at least have had a strong suspicion, that he had killed his victim.

The accused's statement obtained as a result of the s. 10(a) violation was properly admitted by the trial judge. First, the fairness of the trial was not affected since the admission of the statement did not offend the accused's right against self-incrimination. The statement was neither incriminating nor prejudicial. Given the eye witnesses to the shooting, there was no doubt about the identity of the killer. The only issues at trial related to the defences of drunkenness and provocation and the statement supported the accused's position on these defences. Further, while the statement itself might not have been made but for the *Charter* violation, it did not present evidence which was not otherwise available, except in so far as it assisted the accused. Indeed, the statement was not essential to substantiate the charge as there was ample independent evidence as to the shoot-

de la *Charte*; et (3) si l'exposé du juge du procès au jury était erroné parce qu'il donnait l'impression que la négligence criminelle était suffisante pour appuyer l'élément moral requis pour constituer un meurtre.

<sup>a</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La compréhension par l'accusé de sa situation est pertinente pour déterminer s'il a fait une renonciation valide et éclairée. Cette position est dictée par l'al. 10a) de la *Charte* qui accorde au détenu le droit d'être avisé sans délai des motifs de sa détention. Peu importe si l'accent est mis sur le caractère suffisant de l'avis initial prévu à l'al. 10b) ou sur la renonciation, pour établir que la renonciation à l'assistance d'un avocat est valide, le juge du procès doit être convaincu que dans toutes les circonstances qui découlent de la preuve, l'accusé a compris d'une manière générale le risque qu'il courait et a évalué les conséquences de sa décision de ne pas avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il n'est pas nécessaire que l'accusé soit au courant de l'accusation précise qui est portée contre lui ni qu'il soit mis au courant de tous les détails de l'affaire. Ce qui est nécessaire c'est qu'il possède suffisamment de renseignements pour lui permettre de prendre une décision éclairée et convenable sur la question de savoir s'il doit communiquer ou non avec un avocat. L'accent devrait porter sur la réalité de la situation globale et son effet sur la compréhension de l'accusé plutôt que sur le détail technique relatif à ce qu'on peut avoir dit ou non à l'accusé. En l'espèce, l'accusé connaissait suffisamment l'ampleur du risque qu'il courait pour lui permettre de renoncer valablement au droit à l'assistance d'un avocat. Les éléments de preuve appuient la conclusion du juge du procès que l'accusé savait que sa situation était d'une extrême gravité car il devait savoir, ou du moins soupçonner fortement, qu'il avait tué sa victime.

La déclaration de l'accusé obtenue par suite de la violation de l'al. 10a) a été admise à bon droit par le juge du procès. Premièrement, il n'y a pas eu d'effet sur l'équité du procès vu que l'admission de la déclaration n'a pas porté atteinte au droit de l'accusé contre l'auto-incrimination. La déclaration n'était ni incriminante ni préjudiciable. Étant donné la présence de témoins oculaires lors de la fusillade, il n'y avait aucun doute quant à l'identité de l'auteur du crime. Les seules questions soulevées au procès se rapportaient aux moyens de défense d'ivresse et de provocation et la déclaration appuyait la position de l'accusé à l'égard de ses moyens de défense. En outre, bien que la déclaration elle-même n'aurait peut-être pas été faite n'eût été la violation de la *Charte*, elle ne présente pas d'éléments de preuve qu'on n'aurait pas pu découvrir par ailleurs, sauf dans la

ing and the events that preceded it. Second, the *Charter* violation was not wilful, deliberate or flagrant. The failure to inform the accused of the death of the victim was an oversight which cannot reasonably be seen as having serious consequences for the accused since it is unlikely that he did not know that the victim was probably dead. Third, the repute of the administration of justice would not be served in this case by excluding the statement.

The trial judge's reference to criminal negligence in instructing the jury on the definition of murder does not invalidate the charge. Read as a whole, the charge properly and completely instructs the jury as to the necessary elements of murder. The mention of the offence of criminal negligence, while unnecessary, was not capable of misleading the jury.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **distinguished:** *R. v. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250; **referred to:** *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986); *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10(a), (b), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1990), 53 C.C.C. (3d) 97, 94 N.S.R. (2d) 361, 247 A.P.R. 361, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of murder. Appeal dismissed.

*Joel E. Pink, Q.C.*, and *Heather McKay*, for the appellant.

*Kenneth W. F. Fiske*, for the respondent.

mesure où ils ont aidé l'accusé. En effet, la déclaration n'était pas essentielle pour justifier l'accusation car il y avait suffisamment d'éléments de preuve indépendants relatifs à la fusillade et aux événements qui l'ont précédée. Deuxièmement, la violation de la *Charte* n'était ni volontaire, ni délibérée, ni flagrante. L'omission d'informer l'accusé du décès de la victime constituait un oubli qui ne peut raisonnablement être considéré comme ayant eu des conséquences graves pour l'accusé étant donné qu'il est peu vraisemblable qu'il ne savait pas que la victime était probablement décédée. Troisièmement, la considération dont jouit l'administration de la justice ne serait pas servie par l'exclusion de la déclaration.

La mention par le juge du procès de la négligence criminelle dans ses directives au jury sur la définition du meurtre ne rend pas l'exposé invalide. Interprété dans son ensemble, l'exposé donne des directives appropriées et complètes au jury en ce qui a trait aux éléments nécessaires du meurtre. La mention de l'infraction de négligence criminelle, bien qu'inutile, ne pouvait pas induire le jury en erreur.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. v. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250; **arrêts mentionnés:** *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986); *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10(a), (b), 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1990), 53 C.C.C. (3d) 97, 94 N.S.R. (2d) 361, 247 A.P.R. 361, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité sur une accusation de meurtre. Pourvoi rejeté.

*Joel E. Pink, c.r.*, et *Heather McKay*, pour l'appellant.

*Kenneth W. F. Fiske*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MCLACHLIN J.—This case concerns a conviction for second degree murder arising out of a shooting incident in Nova Scotia. It raises a number of issues including the right of a detained person to be informed of the reasons for his detention and of his or her right to retain and instruct counsel.

<sup>a</sup> LE JUGE MCLACHLIN—L'espèce porte sur une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré qui découle d'une fusillade survenue en Nouvelle-Écosse. Elle soulève un certain nombre de questions, notamment sur le droit d'un détenu d'être <sup>b</sup> informé des motifs de sa détention et de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

### The Facts

### Les faits

On June 13, 1988, Norman Smith, a fisherman, killed his friend, Larry Goreham, with a shotgun. Smith and Goreham had been drinking with two other men, Earl Hopkins and Ronald Hines, in Goreham's barn. After several hours of drinking an argument erupted between Smith and Hopkins, apparently over their respective abilities as fishermen. The fight became physical. While there is some dispute about exactly what happened, there is no doubt that Smith was beaten quite badly as a result of the altercation. According to Hines, he left the barn pointing his finger at the other men and saying: "I'll get you all." Smith denies this.

<sup>c</sup> Le 13 juin 1988, Norman Smith, un pêcheur, a tué son ami Larry Goreham avec un fusil. Smith et Goreham avaient consommé de l'alcool avec deux autres personnes, Earl Hopkins et Ronald Hines, dans la grange de Goreham. Après plusieurs heures de libations, une dispute a éclaté entre Smith et Hopkins au sujet apparemment de leurs capacités respectives de pêcheurs. Ils en sont venus aux coups. Bien que les faits exacts soient contestés, il n'y a aucun doute que <sup>e</sup> Smith a été roué de coups dans l'altercation. Selon Hines, en quittant la grange il a pointé du doigt les autres hommes et a dit: [TRADUCTION] «Je vous aurai tous.» Smith nie avoir dit cela.

Smith returned 10 to 15 minutes later with his loaded 12-gauge shotgun. Upon hearing Smith's vehicle, Hopkins looked out the window to see Smith holding the gun. Smith fired, shattering a barn window. Hopkins ducked out of the way. Goreham was less wise; appearing at the upper doors of the barn, he began taunting Smith. Smith fired. The shot struck Goreham on the face and chest, and he fell back and died. Investigation established that the gun was fired at a distance of about 96 feet and that there were 169 pellet holes in Goreham's body.

<sup>f</sup> Smith est revenu 10 à 15 minutes plus tard avec son fusil de calibre 12, chargé. Hopkins a entendu le véhicule de Smith, a regardé par la fenêtre et a vu Smith qui tenait le fusil. Smith a tiré un coup de feu <sup>g</sup> qui a fracassé une fenêtre de la grange. Hopkins s'est jeté par terre. Goreham a été moins sage; de l'embrasure des portes supérieures de la grange, il a commencé à se moquer de Smith. Smith a tiré. Goreham a été atteint au visage et à la poitrine, il est tombé et il <sup>h</sup> est mort. Il ressort de l'enquête que le coup a été tiré d'une distance d'environ 96 pieds et que 169 projectiles ont atteint Goreham.

Smith got in his vehicle and went home. Substituting a rifle and ammunition for his shotgun, he proceeded to his sister's residence, where he spent the night. Early the next morning he telephoned the police, and at 6:00 a.m. the police came to arrest him. When Smith walked out of the house to surrender, he was met by three officers covering him with rifles; he

<sup>i</sup> Smith est monté dans son véhicule et est allé chez lui. Il a remplacé son fusil par une carabine et des munitions et s'est rendu chez sa sœur où il a passé la nuit. Tôt le lendemain matin, il a téléphoné aux policiers et à 6 h ils sont venus l'arrêter. Lorsque Smith est sorti de la maison pour se rendre, il a été entouré <sup>j</sup> par trois policiers qui le tenaient en joue avec des

was directed to his knees, handcuffed and placed in the rear of a police vehicle.

In the police vehicle, Constable Terry Faye advised Smith that he was under arrest “for a shooting incident at the residence of Larry Goreham”. Constable Faye then instructed Smith that “[you have] the right to retain and instruct counsel without delay”. The officer asked Smith if he understood what that meant and he replied: “It means I can get a lawyer doesn’t it?” The officer answered: “Yes, it does”. Constable Faye then provided Smith with the standard police warning and asked him if he understood the warning. Smith replied: “I can tell you fellas what went on or I don’t have to”. The officer then advised Smith to say nothing until they reached the police station.

Smith arrived at the R.C.M.P. detachment in Barrington, Shelburne County, Nova Scotia, at 6:25 a.m. Once inside an interview room, Constable Faye stated: “I just want to refresh your memory back there in the car about what I told you. First of all, I told you you were under arrest and that you could contact a lawyer. Lastly, I read you the police warning and you said that you understood that. Norman, do you want the opportunity to exercise those rights about anything I have said to you so far?” Smith responded: “No”. The officer then said to Smith, “O.K. Norman I’d like to get your side of the story. We’ve heard the other side and I think it’s only fair that we get your side.” Between 6:33 a.m. and 7:47 a.m. the police then took a statement from Smith, in which Smith admitted the shooting but sought to explain it on the grounds of drunkenness and provocation.

While the statement was being taken, Constable Faye was able to detect a very slight odour of alcohol on Smith’s breath. He also observed that Smith’s left eye was almost completely swollen shut and that there was some bruising on his face. During the interview, Constable Faye also became aware that Smith

carabines; on lui a ordonné de se mettre à genoux, on l’a menotté et placé à l’arrière d’un véhicule de police.

Dans le véhicule de police, l’agent Terry Faye a avisé Smith qu’il était en état d’arrestation [TRADUCTION] «en rapport avec une fusillade survenue à la résidence de Larry Goreham». L’agent Faye a ensuite dit à Smith : [TRADUCTION] «[vous avez] le droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat». L’agent a demandé à Smith s’il comprenait ce que cela signifiait et il a répondu: [TRADUCTION] «Cela signifie que je peux avoir un avocat n’est-ce pas?» L’agent a répondu: [TRADUCTION] «Oui, c’est cela». L’agent Faye a ensuite donné à Smith l’avertissement normal de la police et lui a demandé s’il le comprenait. Smith a répondu: [TRADUCTION] «Je peux vous dire ce qui s’est passé ou je ne suis pas obligé de le faire». L’agent a ensuite recommandé à Smith de ne rien dire jusqu’à ce qu’ils arrivent au poste de police.

Smith est arrivé au détachement de la G.R.C. à Barrington, comté de Shelburne, en Nouvelle-Écosse, à 6 h 25. Une fois dans une salle d’interrogatoire, l’agent Faye a dit: [TRADUCTION] «Je veux simplement vous rafraîchir la mémoire au sujet de ce que je vous ai dit dans la voiture. Tout d’abord, je vous ai dit que vous étiez en état d’arrestation et que vous pouviez communiquer avec un avocat. Enfin, je vous ai lu l’avertissement de la police et vous avez dit que vous l’aviez compris. Norman, voulez-vous exercer ces droits au sujet de ce que je vous ai dit jusqu’à maintenant?» Smith a répondu: [TRADUCTION] «Non». L’agent a ensuite dit à Smith: [TRADUCTION] «O.K. Norman, je voudrais connaître votre version des faits. Nous avons entendu l’autre version et je crois qu’il est simplement juste que nous entendions votre version.» De 6 h 33 à 7 h 47, les policiers ont alors enregistré une déclaration de Smith dans laquelle il admettait la fusillade mais cherchait à l’expliquer sur le fondement de l’état d’ébriété et de la provocation.

Pendant que la déclaration était enregistrée, l’agent Faye a été en mesure de déceler une très faible odeur d’alcool dans l’haleine de Smith. Il a également remarqué que l’œil gauche de Smith était presque complètement fermé à cause de l’enflure et qu’il avait des marques de coups au visage. Au cours de

did not know that Mr. Goreham had died. The police had only told Smith that he was being arrested for “a shooting incident”. Although the police knew that they were investigating a murder, at no time during the interrogation did they inform Smith of this fact. Smith was not informed of Goreham’s death until some time after 8:37 a.m., after Smith had finished his statement and had been fingerprinted, photographed and placed in a cell. At that time, Constable Faye also told Smith that he would be discussing the matter with the Crown prosecutor but that Smith should “think the worst”. Smith was charged with first degree murder.

At trial, after a *voir dire* at which the appellant testified, the appellant’s statement was held to be admissible in evidence. Smith also testified at trial in support of the defences of drunkenness and provocation. In charging the jury, the trial judge provided instruction with respect to both the elements of first and second degree murder and the meaning of planning and deliberation. Prior to defining murder, the trial judge also instructed the jury on the matter of criminal negligence and stated that pointing a loaded shotgun at someone while drunk is criminal negligence. On the question of provocation, the trial judge instructed the jury that if they found that the appellant had the capacity to form the requisite intent, they could convict Smith for murder, subject to their consideration of the defence of provocation. The jury returned with a verdict of guilty of second degree murder.

#### Proceedings below

Smith was tried before Macdonald J., sitting with a jury. It was not disputed that Smith had fired the shot that killed Goreham. The defences were drunkenness and provocation. The evidence included the *viva voce* evidence of various witnesses and Smith’s statement to the police, which the trial judge ruled admissible after a *voir dire*. The defence argued that the statement should not be admitted because it violated ss. 10(a) and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights*

l’entrevue, l’agent Faye s’est également rendu compte que Smith ne savait pas que M. Goreham était décédé. Les policiers avaient seulement dit à Smith qu’il était en état d’arrestation en rapport avec «une fusillade». Bien que les policiers aient su qu’ils enquêtaient au sujet d’un meurtre, à aucun moment au cours de l’interrogatoire ils n’ont informé Smith de ce fait. Smith n’a été informé du décès de Goreham que quelque temps après 8 h 37, après sa déclaration et après qu’on eut pris ses empreintes digitales et qu’on l’eut photographié et placé dans une cellule. À ce moment-là, l’agent Faye a également dit à Smith qu’il discuterait de la question avec le substitut du procureur général mais que Smith devait [TRADUCTION] «envisager le pire». Smith a été accusé de meurtre au premier degré.

Au procès, après un *voir-dire* pendant lequel l’appelant a témoigné, sa déclaration a été jugée recevable en preuve. Smith a également témoigné au procès à l’appui des défenses d’ivresse et de provocation. Dans son exposé au jury, le juge du procès a donné des directives sur les éléments des meurtres au premier et au deuxième degré et sur la signification de la préméditation et du propos délibéré. Avant de définir le meurtre, le juge du procès a également donné des directives au jury sur la question de la négligence criminelle et a dit que le fait pour une personne en état d’ébriété, de pointer un fusil chargé en direction d’une autre personne, constitue de la négligence criminelle. Sur la question de la provocation, le juge du procès a dit aux jurés que s’ils concluaient que l’appelant était en mesure de former l’intention requise, ils pouvaient déclarer Smith coupable de meurtre, sous réserve de leur prise en compte de la défense de provocation. Le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

#### Les tribunaux d’instance inférieure

Smith a subi son procès devant le juge Macdonald, siégeant avec un jury. Il n’était pas contesté que Smith avait tiré le coup qui avait tué Goreham. Les moyens de défense étaient ceux de l’ivresse et de la provocation. Les éléments de preuve comprenaient les dépositions de divers témoins et la déclaration de Smith aux policiers, que le juge du procès a jugé recevable après un *voir-dire*. La défense a soutenu que la déclaration ne devrait pas être utilisée parce

*and Freedoms*, on the ground that the police had not informed Smith upon his arrest of the fact that Goreham was dead, saying they were arresting him in connection with a "shooting incident". The trial judge held that the statement was voluntary and should not be rejected for non-compliance with the *Charter*, given that the statements of the police upon arrest were "generally true" and given that it was clear that Smith knew that "he had been involved in a most serious crime." He stated:

I don't know how an understanding could be any better expressed than what was expressed by his answers. There was a homicide and the officers refer to it as a shooting incident. Their description of the events fell far short of the actual event. However, it was generally true. And what is surprising to me is that Mr. Smith never questioned what the shooting incident was.

Counsel for the Crown also suggest that I should not make any inference out of the fact that Mr. Smith . . . was met by three officers covering him with rifles when he came out of the house of Kathleen Cameron I believe it was. In this Voir Dire, I am the trier of the facts and I am entitled to draw inference from the evidence presented. On that and all the evidence I have heard, I am satisfied that Mr. Smith well knew that he had been involved in a most serious crime.

On appeal to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia (1990), 53 C.C.C. (3d) 97, the Crown admitted that the police had violated s. 10(a) of the *Charter* by not telling the accused immediately that Goreham was dead. The Court of Appeal, Macdonald J.A. dissenting, rejected the appeal on the other issues. On the issue of the statement, Jones J.A., for the majority, stated he was unable to find any element of unfairness in the procedure followed by the police. He continued (at p. 112):

Informing him that they were arresting him for a shooting was sufficient to apprise him of the serious consequences of making a statement. On the facts of this case it is highly unlikely that the appellant did not know that Goreham was dead. That is apparent from the statement and the fact that he probably intended to avoid arrest.

qu'elle violait les al. 10a) et 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisque les policiers n'avaient pas informé Smith lors de son arrestation du fait que Goreham était décédé, lui ayant dit qu'ils l'arrêtaient en rapport avec une «fusillade». Le juge du procès a conclu que la déclaration était volontaire et ne devait pas être écartée pour cause de non-respect de la *Charte*, étant donné que les déclarations des policiers lors de l'arrestation étaient [TRADUCTION] «vraies dans l'ensemble» et qu'il était évident que Smith savait qu'il [TRADUCTION] «était impliqué dans un crime très grave.» Il a dit:

[TRADUCTION] Je ne sais pas comment il aurait pu mieux exprimer sa compréhension par ses réponses. Il y avait eu un homicide et les agents ont parlé d'une fusillade. Leur description des événements était loin de correspondre aux faits réels. Toutefois, elle était vraie dans l'ensemble. Et ce qui me surprend c'est que M. Smith n'a jamais posé de questions sur la fusillade.

Le substitut du procureur général dit également que je ne devrais tirer aucune conclusion du fait que M. Smith [. . .] a été entouré par trois agents qui le mettaient en joue avec des carabines lorsqu'il est sorti de la maison de Kathleen Cameron je crois. Dans ce voir-dire, je suis le juge des faits et je suis autorisé à tirer des conclusions des éléments de preuve qui sont présentés. D'après cela et l'ensemble des témoignages que j'ai entendus, je suis convaincu que M. Smith savait très bien qu'il était impliqué dans un crime très grave.

En appel à la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1990), 53 C.C.C. (3d) 97, le ministère public a admis que les policiers avaient violé l'al. 10a) de la *Charte* en ne disant pas immédiatement à l'accusé que Goreham était mort. La Section d'appel, le juge Macdonald étant dissident, a rejeté l'appel sur les autres questions. Sur la question de la déclaration, le juge Jones, au nom de la majorité, s'est dit incapable de trouver quoi que ce soit d'inéquitable dans la procédure suivie par les policiers. Il a poursuivi (à la p. 112):

[TRADUCTION] Le fait de l'informer qu'ils l'arrêtaient en rapport avec une fusillade était suffisant pour qu'il comprenne les graves conséquences d'une déclaration. Suivant les faits de l'espèce, il est très peu vraisemblable que l'appelant ne savait pas que Goreham était mort. Cela ressort de la déclaration et du fait qu'il avait probablement eu l'intention de se soustraire à l'arrestation.

The majority concluded that s. 10(b) had not been violated, and that in any event s. 24(2) would justify reception of the statement.

The other major issue on appeal related to the sufficiency of the jury charge, and in particular the judge's instructions on the offence of murder. The majority of the Appeal Division concluded that the charge could not have confused the jury on the issue of the requisite intent for first and second degree murder. It also rejected the argument that the judge's reference to criminal negligence in the charge required a new trial. While the reference was unnecessary, the majority was satisfied that reading the charge as a whole, the jury could not have been confused on the essential issues—provocation and drunkenness. Additional objections, including those relating to the trial judge's treatment of provocation and his instructions on weighing evidence and assessing credibility, were held to be without merit. Jones J.A. concluded (at p. 113):

None of these objections were raised at the conclusion of the charge and for a good reason. Read as a whole the charge was very fair to the defence. The issues in this case were simple. There was no real dispute over the fact that the appellant shot Goreham. The issue was whether the crime was murder or manslaughter by reason of drunkenness or provocation. The objections to the charge must be viewed in that light.

Macdonald J.A. dissented. He took the view that the appellant's statement was inadmissible in evidence and expressed concern over the directions of the trial judge on murder and provocation.

Macdonald J.A. held that neither ss. 10(a) nor 10(b) was satisfied because, given the "drastic difference" between a shooting incident and homicide, the appellant did not know the extent of his jeopardy when he elected not to contact a lawyer and to give a statement to the police.

La Cour, à la majorité, a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10b) et que, de toute façon, le par. 24(2) justifierait l'utilisation de la déclaration.

<sup>a</sup> L'autre question importante soulevée en appel portait sur le caractère suffisant de l'exposé au jury et en particulier des directives du juge concernant l'infraction de meurtre. La Section d'appel, à la majorité, a conclu que l'exposé ne pouvait pas avoir embrouillé le jury sur la question de l'intention nécessaire pour un meurtre au premier et au deuxième degré. Elle a également rejeté l'argument selon lequel la mention de la négligence criminelle par le juge dans son exposé exigeait la tenue d'un nouveau procès. Bien que la mention ait été inutile, la majorité était convaincue que, compte tenu de l'ensemble de l'exposé, le jury ne pouvait avoir été embrouillé sur les questions essentielles, la provocation et l'ivresse. Des objections supplémentaires, y compris celles relatives au traitement par le juge du procès de la provocation et ses directives sur l'évaluation des éléments de preuve et de la crédibilité, ont été jugées sans fondement. Le juge Jones a conclu (à la p. 113):

[TRADUCTION] Aucune de ces objections n'a été soulevée à la conclusion de l'exposé pour une raison valable. Pris comme un tout, l'exposé était très équitable à l'égard de la défense. Les questions en l'espèce étaient simples. Il n'était pas vraiment contesté que l'appellant avait tiré sur Goreham. La question était de savoir si le crime était un meurtre ou un homicide involontaire coupable en raison de l'ivresse ou de la provocation. Les objections à l'exposé doivent être examinées sous ce jour.

<sup>b</sup> Le juge Macdonald était dissident. Il estimait que la déclaration de l'appellant n'était pas recevable en preuve et a exprimé sa préoccupation à l'égard des directives du juge du procès relativement au meurtre et à la provocation.

<sup>c</sup> Le juge Macdonald a conclu qu'on n'avait respecté ni l'al. 10a) ni l'al. 10b) parce que, compte tenu de la [TRADUCTION] «différence importante» entre une fusillade et un homicide, l'appellant n'était pas au courant du risque qu'il courait lorsqu'il a choisi de ne pas communiquer avec un avocat et de faire une déclaration aux policiers.

Macdonald J.A. went on to hold that reception of the evidence could not be justified under s. 24(2) of the *Charter*. Referring to judgments of this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, he concluded (at p. 126):

... that the admission of the statement given by Mr. Smith would, under the circumstances, bring the administration of justice into disrepute and would render the trial unfair.

With respect to the trial judge's instructions on murder, Macdonald J.A. stated that, in his view, the charge could have given the jury the mistaken impression that criminal negligence would support a charge of murder and thus was erroneous. As to provocation, Macdonald J.A. also was of the view that the trial judge at one point misdirected the jury as to what provocation means in law. Concluding, however, that the appellant suffered no prejudice as a result of the misdirection on provocation, since the trial judge told the jury that in his view provocation did exist, Macdonald J.A. applied the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, with respect to that error. As to the first error in the charge, Macdonald J.A. stated that he was not convinced that the verdict would necessarily have been the same if the error had not occurred and thus did not invoke s. 686(1)(b)(iii) with respect to the criminal negligence reference.

#### Relevant legislation

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

10. Everyone has the right on arrest or detention

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

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 guaran-

Le juge Macdonald a ensuite conclu que l'utilisation de la preuve ne pouvait être justifiée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Sur le fondement des arrêts de notre Cour *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, il a conclu (à la p. 126):

[TRADUCTION] ... que l'utilisation de la déclaration faite par M. Smith serait, dans les circonstances, susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et rendrait le procès inéquitable.

En ce qui a trait aux directives du juge du procès sur le meurtre, le juge Macdonald pensait que l'exposé pouvait avoir laissé au jury l'impression trompeuse que la négligence criminelle appuierait une accusation de meurtre, et qu'il était donc erroné. En ce qui a trait à la provocation, le juge Macdonald pensait également que le juge du procès avait, à un certain point, donné des directives erronées au jury sur la définition juridique de la provocation. Toutefois, concluant que l'appelant n'avait subi aucun préjudice par suite de la directive erronée sur la provocation, puisque le juge du procès avait dit au jury que, à son avis, il y avait provocation, le juge Macdonald a appliqué la disposition curative du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement à cette erreur. En ce qui a trait à la première erreur dans l'exposé, le juge Macdonald a dit qu'il n'était pas convaincu que le verdict aurait nécessairement été le même s'il n'y avait pas eu erreur et, par conséquent, il n'a pas invoqué le sous-al. 686(1)(b)(iii) relativement à la mention de la négligence criminelle.

#### Les dispositions législatives pertinentes

##### *Charte canadienne des droits et libertés*

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

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



ted 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.

### Issues

1. Was the appellant's s. 10(a) right under the *Charter* violated?
2. Due to the s. 10(a) violation, was the appellant's s. 10(b) right not properly and knowledgeably waived?
3. As a result of the violations of the appellant's ss. 10(a) and 10(b) rights, should his statement have been excluded from evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?
4. Was the trial judge's charge to the jury in error in that it gave the impression that criminal negligence is sufficient to support the mental element required to constitute murder?
5. Is the conviction sustained under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* notwithstanding any errors in the conduct of the trial?

### Discussion

1. *Was the Appellant's s. 10(a) Right Under the Charter Violated?*

The Crown concedes that a breach of s. 10(a) is established by the failure of the police to tell the accused Smith upon arresting him that he was being detained, not only in connection with a shooting incident, but in connection with a shooting incident that had caused a death. In view of this concession, it is unnecessary to address the question of whether s. 10(a) was, in fact, violated.

2. *Due to the s. 10(a) Violation, was the Appellant's Waiver of his Right to Counsel Invalid?*

The Crown submits that while there was a "technical breach" of s. 10(a) because the police failed to tell the accused that the victim of the shooting was dead before he gave his statement, the accused was properly advised of his right to counsel under s. 10(b) and validly waived that right. The accused submits that

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.

### <sup>a</sup> Les questions en litige

1. Y a-t-il eu violation du droit que garantit l'al. 10a) de la *Charte* à l'appelant?
2. Compte tenu de la violation de l'al. 10a), l'appelant a-t-il renoncé adéquatement et sciemment au droit que l'al. 10b) lui garantit?
3. Par suite des violations des droits garantis à l'appelant par les al. 10a) et 10b), sa déclaration aurait-elle dû être exclue de la preuve aux termes du par. 24(2) de la *Charte*?
4. L'exposé du juge du procès au jury était-il erroné parce qu'il donnait l'impression que la négligence criminelle était suffisante pour appuyer l'élément moral requis pour constituer un meurtre?
5. La déclaration de culpabilité est-elle fondée aux termes du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* nonobstant toute erreur dans la conduite du procès?

### Analyse

1. *Y a-t-il eu violation du droit que garantit l'al. 10a) de la Charte à l'appelant?*

Le ministère public reconnaît qu'il y a eu violation de l'al. 10a) parce que les policiers ont omis de dire à l'accusé Smith lors de son arrestation qu'il était détenu, non seulement en rapport avec une fusillade, mais en rapport avec une fusillade qui avait causé un décès. Compte tenu de cette admission, il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir s'il y a eu en fait violation de l'al. 10a).

2. *Compte tenu de la violation de l'al. 10a), l'appelant a-t-il valablement renoncé à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat?*

Le ministère public soutient que, bien qu'il y ait eu une «violation technique» de l'al. 10a) parce que les policiers ont omis de dire à l'accusé, avant qu'il fasse sa déclaration, que la victime de la fusillade était décédée, l'accusé avait été correctement avisé de son droit à l'assistance d'un avocat, en vertu de l'al. 10b),

his right to counsel was violated because: (a) the breach of s. 10(a) vitiated his s. 10(b) right from the outset; and alternatively, (b) the breach of s. 10(a) precluded a valid waiver. Both defence submissions rest on the failure of the police to advise the accused on arrest of the fact that his victim was dead.

The first question is whether the failure of the police to tell the accused that his victim was dead means that he was never properly advised of his right to counsel. There is no doubt that the accused was told that he had the right to counsel. The argument is that this advice was tainted and rendered deficient by failure to specify that the victim was dead. This argument is based on *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755. In *Greffe*, the police told the accused he was being arrested on outstanding traffic warrants when in fact he was suspected of importing heroin. The Crown conceded violations of s. 10(a) and s. 10(b). Lamer J. (as he then was) referred to the conclusion of the trial judge that “[i]mproper advice can vitiate or infringe the charter right to counsel” (p. 776). Accepting for the purposes of argument that this may be so, the question is whether the lack of information as to the circumstances of the offence found in this case is such that the accused’s s. 10(b) right to counsel was tainted.

The answer to that question in this case involves the same considerations as the second defence submission, namely, that the failure to advise the accused that his victim had died vitiated his waiver of his right to counsel. The allegation that the accused was never effectively told of his right to counsel because of the lack of information as to the state of the victim subsumes the allegation that the lack of information deprived him of the power to appreciate his need for a lawyer. The argument on waiver likewise rests on the subsumed allegation that the lack of information deprived the accused of the power to

et avait validement renoncé à ce droit. L’accusé soutient qu’il y a eu violation de son droit à l’assistance d’un avocat parce que: a) la violation de l’al. 10a) a porté atteinte dès le départ au droit que lui garantit l’al. 10b); et subsidiairement, b) la violation de l’al. 10a) a empêché une renonciation valide. Les deux arguments de la défense reposent sur l’omission par les policiers d’aviser l’accusé, lors de son arrestation, du fait que sa victime était décédée.

La première question est de savoir si l’omission par les policiers de dire à l’accusé que sa victime était décédée signifie qu’il n’a jamais été correctement avisé de son droit à l’assistance d’un avocat. Il n’y a pas de doute qu’on a dit à l’accusé qu’il avait droit à l’assistance d’un avocat. L’argument consiste à dire que cet avis était vicié et défectueux en raison de l’omission de préciser que la victime était décédée. Cet argument est fondé sur l’arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755. Dans l’affaire *Greffe*, les policiers avaient dit à l’accusé qu’il était en état d’arrestation relativement à des mandats en vigueur relatifs à des infractions à la circulation alors qu’en fait il était soupçonné d’importation d’héroïne. Le ministère public a admis qu’il y avait eu violation des al. 10a) et 10b). Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a mentionné la conclusion du juge du procès selon laquelle «[u]ne indication inadéquate peut porter atteinte au droit à l’assistance d’un avocat garanti par la Charte» (p. 776). Si l’on accepte pour les fins de la discussion que cela peut être le cas, la question est de savoir si l’absence de renseignements quant aux circonstances de l’infraction, en l’espèce, est telle qu’il a été porté atteinte au droit de l’accusé à l’assistance d’un avocat en vertu de l’al. 10b).

La réponse à cette question en l’espèce fait intervenir les mêmes considérations que le deuxième argument de la défense, c’est-à-dire, que l’omission d’informer l’accusé que sa victime était décédée avait vicié sa renonciation à son droit à l’assistance d’un avocat. L’argument selon lequel l’accusé n’a jamais en fait été informé de son droit à l’assistance d’un avocat, en raison de son ignorance de l’état de la victime, subsume l’argument que l’absence de renseignements l’a privé du pouvoir d’évaluer son besoin de recourir à l’assistance d’un avocat. De même, l’argument fondé sur la renonciation repose sur l’alléga-

appreciate his need for counsel. It may be that in some cases (like *Greffe*, where waiver never arose because only real evidence was at stake) it is useful to distinguish between the effect of lack of information on the question of whether there was a proper warning, and its effect on waiver. In this case, however, the question comes to the same thing: was the accused possessed of sufficient information to properly appreciate his need for counsel and to make a valid decision as to whether to waive counsel or not?

In the United States, lack of knowledge about the circumstances of the alleged offence does not invalidate a police warning or preclude waiver of the right to counsel. All that is required for a valid waiver is that the accused know that he can stand mute and request a lawyer and that he is aware that the statements may be used to secure a conviction against him. The fact that he does not possess sufficient information to judge the seriousness of his situation is immaterial. As O'Connor J. stated in *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986), at pp. 422-23:

But we have never read the Constitution to require that the police supply a suspect with a flow of information to help him calibrate his self-interest in deciding whether to speak or stand by his rights. . . . Once it is determined that a suspect's decision not to rely on his rights was uncoerced, that he at all times knew he could stand mute and request a lawyer, and that he was aware of the State's intention to use his statements to secure a conviction, the analysis is complete and the waiver is valid as a matter of law.

In Canada, we have adopted a different approach. We take the view that the accused's understanding of his situation is relevant to whether he has made a valid and informed waiver. This approach is mandated by s. 10(a) of the *Charter*, which gives the detainee the right to be promptly advised of the rea-

tion subsumée selon laquelle l'absence de renseignements a privé l'accusé du pouvoir d'évaluer son besoin de recourir à l'assistance d'un avocat. Il se peut que dans certains cas (comme dans l'arrêt *Greffe*, où la question de la renonciation ne se posait pas parce que seule une preuve matérielle était en jeu) il soit utile d'établir une distinction entre l'effet de l'absence de renseignements sur la question de savoir s'il y a eu un avertissement suffisant et son effet sur la renonciation. Toutefois, en l'espèce, la question revient à la même chose: l'accusé possédait-il suffisamment de renseignements pour évaluer correctement son besoin de recourir à l'assistance d'un avocat et pour prendre une décision valide quant à savoir s'il devait renoncer ou non à l'assistance d'un avocat?

Aux États-Unis, l'absence de connaissance des circonstances de l'infraction alléguée n'invalide pas un avertissement de la police et n'empêche pas la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Tout ce qui est exigé pour qu'une renonciation soit valide, c'est que l'accusé sache qu'il peut garder le silence et demander l'assistance d'un avocat et qu'il sache que les déclarations peuvent être utilisées contre lui pour appuyer une déclaration de culpabilité. Le fait qu'il ne possède pas de renseignements suffisants pour juger de la gravité de sa situation n'est pas important. Comme le juge O'Connor l'a dit dans l'arrêt *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986), aux pp. 422 et 423:

[TRADUCTION] Toutefois nous n'avons jamais dit que la Constitution exige que les policiers donnent à un suspect une foule de renseignements pour l'aider à mesurer son intérêt avant de décider s'il doit parler ou faire valoir ses droits. [. . .] Lorsqu'il a été déterminé que la décision d'un suspect de ne pas faire valoir ses droits a été prise sans contrainte, qu'il a toujours su qu'il pouvait garder le silence et demander l'assistance d'un avocat et qu'il était au courant de l'intention de l'État d'utiliser ses déclarations pour appuyer une déclaration de culpabilité, l'analyse est complète et la renonciation est juridiquement valide.

Au Canada, nous avons adopté une position différente. Nous sommes d'avis que la compréhension par l'accusé de sa situation est pertinente pour déterminer s'il a fait une renonciation valide et éclairée. Cette position est dictée par l'al. 10a) de la *Charte*, qui accorde au détenu le droit d'être avisé sans délai des

sons for his or her detention. It is exemplified by three related concepts: (1) the “tainting” of a warning as to the right to counsel by lack of information; (2) the idea that one is entitled to know “the extent of one’s jeopardy”; and (3) the concept of “awareness of the consequences” developed in the context of waiver.

I have already alluded to the concept of tainting, referred to in *Greffe, supra*. The right to know the extent of one’s jeopardy finds its source in *R. v. Black, supra*, where this Court unanimously held that in order to meaningfully exercise the right to counsel, the accused must possess “knowledge of the extent of his jeopardy.” It is concerned not so much with the initial question of whether the s. 10(b) warning itself was given, as with the ability of the detainee to make a choice as to whether to retain counsel or not, i.e. waiver. Wilson J. stated, at pp. 152-53:

Moreover, s. 10(b) should not be read in isolation. Its ambit must be considered in light of s. 10(a). Section 10(a) requires the police to advise an individual who is arrested or detained of the reasons for such arrest or detention. The rights accruing to a person under s. 10(b) arise because he or she has been arrested or detained for a particular reason. An individual can only exercise his s. 10(b) right in a meaningful way if he knows the extent of his jeopardy.

Finally, the issue may be viewed in terms of the concept of “awareness of the consequences.” The reference to “awareness of consequences” stems from the judgment of Wilson J. in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383. There Wilson J. stated, at p. 396, that: “any voluntary waiver in order to be valid and effective must be premised on a true appreciation of the consequences of giving up the right”. Wilson J. explained at pp. 394-95:

Given the concern for fair treatment of an accused person which underlies such constitutional civil liberties as the right to counsel in s. 10(b) of the *Charter*, it is evident that any alleged waiver of this right by an accused must be carefully considered and that the accused’s awareness of the consequences of what he or she was saying is crucial. Indeed, this Court stated with respect to the waiver of statutory procedural guarantees

motifs de sa détention. Elle est illustrée par trois concepts connexes: 1) l’invalidité d’un avertissement relatif au droit à l’assistance d’un avocat tenant au manque de renseignements; 2) l’idée qu’une personne a le droit de connaître «l’ampleur du risque qu’elle court»; et 3) le concept de la «connaissance des conséquences» élaboré dans le contexte de la renonciation.

J’ai déjà fait allusion au concept du vice de l’avertissement, mentionné dans l’arrêt *Greffe*, précité. Le droit de connaître l’ampleur du risque couru découle de l’arrêt *R. c. Black*, précité, dans lequel notre Cour a jugé à l’unanimité que, pour que l’exercice du droit à l’assistance d’un avocat ait un sens, il faut que l’accusé «conna[isse] l’ampleur du risque qu’[il] court». Il ne s’agit pas tant de la question initiale de savoir si l’avertissement prévu à l’al. 10b) a été donné que de la capacité du détenu de décider d’avoir recours à l’assistance d’un avocat ou non, c’est-à-dire d’y renoncer. Le juge Wilson a dit, aux pp. 152 et 153:

De plus, il ne faut pas interpréter l’al. 10b) de façon isolée. Sa portée doit être examinée à la lumière de l’al. 10a). L’alinéa 10a) oblige les policiers à aviser une personne arrêtée ou détenue des motifs de cette arrestation ou de cette détention. Les droits que l’al. 10b) confère à une personne découlent du fait que cette personne est arrêtée ou détenue pour un motif particulier. Une personne ne peut valablement exercer le droit que lui garantit l’al. 10b) que si elle connaît l’ampleur du risque qu’elle court.

Finalement, la question peut être interprétée selon le concept de la «connaissance des conséquences.» Le renvoi à la «connaissance des conséquences» découle des motifs du juge Wilson dans l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. Dans cet arrêt, le juge Wilson dit à la p. 396: «toute renonciation volontaire doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit». Le juge Wilson a expliqué aux pp. 394 et 395:

Vu le souci de traiter équitablement une personne accusée, lequel sous-tend les libertés civiles garanties par la Constitution comme le droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b) de la *Charte*, il est évident qu’il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l’accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l’arrêt *Korponay c. Procureur*

in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that any waiver "... is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process" (emphasis in original).

These cases establish that, regardless of whether the focus is on the sufficiency of the initial s. 10(b) advice or on the waiver, what is required is that the accused understand generally the jeopardy in which he or she finds himself and appreciate the consequences of deciding for or against counsel. They rest on the common sense proposition that sometimes a lawyer is more important than at other times. Many might choose to do without counsel on a traffic charge. Many fewer would make the same decision if faced with murder.

It has never been suggested, however, that full information is required for a valid waiver. Indeed, if this were the case, waivers would seldom be valid, since the police typically do not know the whole story when the accused is arrested. Nor is the failure of the police to precisely identify the charge faced in the words of the *Criminal Code* necessarily fatal. In the initial stages of an investigation the police themselves may not know the precise offence with which the accused will be charged. Moreover, the words of the *Code* may be less helpful to a lay person than more common parlance in communicating the extent of jeopardy. Finally, the degree of awareness which the accused may be reasonably assumed to possess in all the circumstances may play a role in determining whether what the police said was sufficient to bring home to him the extent of his jeopardy and the consequences of declining his right to counsel.

The question reduces to this: in this case was the accused possessed of sufficient information to make his waiver of counsel valid? To my mind, to establish

*général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit, à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure» (souligné dans l'original).

Ces arrêts établissent que, peu importe si l'accent est mis sur le caractère suffisant de l'avis initial prévu à l'al. 10b) ou sur la renonciation, ce qui est nécessaire c'est que l'accusé comprenne d'une manière générale le risque qu'il court et évalue les conséquences d'une décision d'avoir recours ou non à l'assistance d'un avocat. Ils reposent sur l'argument de bon sens selon lequel l'assistance d'un avocat est plus importante à certains moments qu'à d'autres. Beaucoup de gens choisissent de ne pas avoir recours à l'assistance d'un avocat pour une accusation d'infraction aux règles de la circulation. Beaucoup moins de gens prendraient la même décision s'il s'agissait d'un meurtre.

Toutefois, on n'a jamais dit qu'il était nécessaire de donner tous les renseignements pour qu'il y ait une renonciation valide. En fait, si c'était le cas, les renoncations seraient rarement valides, étant donné qu'habituellement les policiers ne sont pas au courant de tous les faits au moment de l'arrestation de l'accusé. L'omission par les policiers d'identifier avec précision l'accusation reprochée selon les termes du *Code criminel* n'est pas nécessairement fatale. Au début d'une enquête, il est possible que les policiers eux-mêmes ne sachent pas quelle infraction précise est reprochée à l'accusé. Qui plus est, les termes du *Code* peuvent être moins utiles pour un profane que des termes plus communs pour communiquer l'ampleur du risque. Finalement, le degré de conscience que l'on peut présumer raisonnablement chez l'accusé dans toutes les circonstances peut jouer un rôle pour déterminer si ce que la police a dit suffisait pour qu'il comprenne l'ampleur du risque et des conséquences du refus de l'assistance d'un avocat.

La question se résume à ceci: en l'espèce, l'accusé possédait-il suffisamment de renseignements pour que sa renonciation à l'assistance d'un avocat soit

a valid waiver of the right to counsel the trial judge must be satisfied that in all the circumstances revealed by the evidence the accused generally understood the sort of jeopardy he faced when he or she made the decision to dispense with counsel. The accused need not be aware of the precise charge faced. Nor need the accused be made aware of all the factual details of the case. What is required is that he or she be possessed of sufficient information to allow making an informed and appropriate decision as to whether to speak to a lawyer or not. The emphasis should be on the reality of the total situation as it impacts on the understanding of the accused, rather than on technical detail of what the accused may or may not have been told.

Against this background, I turn to the evidence and the findings in this case. I begin with the findings of the trial judge. After reviewing the evidence, he concluded:

In this Voir Dire, I am the trier of the facts and I am entitled to draw inference from the evidence presented. On that and all the evidence I have heard, I am satisfied that Mr. Smith well knew that he had been involved in a most serious crime. [Emphasis added.]

In my opinion, the trial judge on all the evidence was entitled to conclude that Smith had sufficient awareness of the jeopardy in which he stood and that his waiver of the right to counsel should not be considered invalid. The evidence of witnesses to the shooting established that Smith shot Goreham, and that Goreham immediately fell backward in the doorway to the barn. The evidence also established that the shot was a powerful blast from a powerful gun. It was reasonable to infer from this evidence that Smith must have known, or at least have had a strong suspicion, that he had killed his victim. As Jones J.A. put it in the Court of Appeal: "it is highly unlikely that the appellant did not know that Goreham was dead" (p. 112).

Smith's subsequent conduct is consistent with such knowledge. He returned directly to his home, where

valide? À mon avis, pour établir que la renonciation à l'assistance d'un avocat était valide, le juge du procès doit être convaincu que, dans toutes les circonstances qui découlent de la preuve, l'accusé comprenait d'une manière générale le genre de risque couru lorsqu'il a pris la décision de ne pas avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il n'est pas nécessaire que l'accusé sache quelle accusation précise est portée contre lui. Il n'est pas nécessaire non plus que l'accusé soit mis au courant de tous les détails des faits de l'affaire. Ce qui est nécessaire c'est qu'il possède suffisamment de renseignements pour être en mesure de prendre une décision éclairée et convenable sur la question de savoir s'il doit communiquer ou non avec un avocat. L'accent devrait porter sur la réalité de la situation globale et son effet sur la compréhension de l'accusé plutôt que sur le détail technique relatif à ce qu'on peut avoir dit ou non à l'accusé.

Dans ce contexte, j'examine maintenant les éléments de preuve et les conclusions en l'espèce. Je commence par les conclusions du juge du procès. Après avoir examiné la preuve, il a conclu:

[TRADUCTION] Dans ce voir-dire, je suis le juge des faits et je suis autorisé à tirer des conclusions des éléments de preuve qui sont présentés. D'après cela et l'ensemble des témoignages que j'ai entendus, je suis convaincu que M. Smith savait très bien qu'il était impliqué dans un crime très grave. [Je souligne.]

À mon avis, compte tenu de toute la preuve, le juge du procès était fondé à conclure que Smith connaissait suffisamment le risque qu'il courait et que sa renonciation au droit à l'assistance d'un avocat ne devrait pas être considérée comme invalide. Il ressort des témoignages concernant la fusillade que Smith a tiré sur Goreham et que Goreham s'est immédiatement écroulé dans l'embrasement de la porte de la grange. La preuve a également établi que le coup était une forte décharge provenant d'une arme puissante. Il était raisonnable de déduire d'après cette preuve que Smith devait savoir, ou du moins soupçonner fortement, qu'il avait tué sa victime. Comme le juge Jones l'a dit en Cour d'appel: [TRADUCTION] «il est très peu vraisemblable que l'appellant ne savait pas que Goreham était mort» (p. 112).

La conduite subséquente de Smith est compatible avec cette connaissance. Il est retourné immédiate-

he substituted a rifle and ammunition for the shotgun. He then proceeded to his sister's house, where he spent the night. In the early hours of the morning he called the police and advised them of his whereabouts.

Any lingering doubt about the seriousness of Smith's situation would have been erased by the conduct of the police upon arrest. As he came out of the house he was met by three officers covering him with their rifles. He was then made to kneel while handcuffs were affixed.

This evidence, viewed as a whole, is capable of supporting the inference that Smith was aware that his situation was one of the most grave seriousness. In those circumstances, it cannot be said that the trial judge erred in holding that the accused possessed sufficient appreciation of the extent of his jeopardy to permit him to validly waive his right to counsel.

The fact that the accused knew that he was in jeopardy for a most serious offence distinguishes this case from one in which the description given minimizes the legal consequences of the acts committed by the person under detention. In such cases the description by the police may allay the concerns that the detainee might otherwise have. It would then be wrong for the court to conclude that the detainee ought to have inferred from the circumstances the extent of his or her jeopardy.

### 3. *Should the Statement Have Been Excluded Under Section 24(2) of the Charter?*

Given the Crown's concession that s. 10(a) has been violated, I must consider whether a s. 10(a) violation in this case mandates exclusion of the appellant's statement under s. 24(2).

Section 24(2) calls for the exclusion of evidence obtained as a result of a *Charter* breach where its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute.

ment chez lui, où il a remplacé le fusil par une carabine et des munitions. Il s'est ensuite rendu chez sa sœur où il a passé la nuit. Tôt le matin, il a appelé les policiers et leur a dit où il se trouvait.

Tout doute qui aurait pu subsister sur la gravité de la situation de Smith aurait été écarté par la conduite des policiers au moment de l'arrestation. Quand il est sorti de la maison, il a été entouré par trois policiers qui le tenaient en joue avec leurs carabines. On l'a ensuite fait agenouiller pendant qu'on lui passait les menottes.

Ces éléments de preuve, considérés dans leur ensemble, peuvent appuyer la conclusion que Smith savait que sa situation était d'une extrême gravité. Dans ces circonstances, on ne peut dire que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'accusé avait une connaissance suffisante de l'ampleur du risque qu'il courait pour lui permettre de renoncer valablement au droit à l'assistance d'un avocat.

Le fait que l'accusé savait qu'il courait un risque en raison d'une infraction très grave permet de faire une distinction entre l'espèce et un autre cas où la description donnée minimise les conséquences juridiques des actes commis par la personne détenue. Dans de tels cas, la description faite par la police peut réduire l'inquiétude que la personne détenue pourrait autrement avoir. Le tribunal aurait tort dans un tel cas de conclure que la personne détenue aurait dû déduire des circonstances l'ampleur du risque couru.

### 3. *La déclaration aurait-elle dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la Charte?*

Comme le ministère public a admis qu'il y a eu violation de l'al. 10a), je dois examiner si la violation de l'al. 10a) en l'espèce justifie l'exclusion de la déclaration de l'appelant en vertu du par. 24(2).

Le paragraphe 24(2) prévoit l'exclusion d'éléments de preuve obtenus par suite d'une atteinte à la *Charte* lorsque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Three broad categories of factors bearing on a s. 24(2) determination were established in *R. v. Collins*, *supra*:

- (1) the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial;
- (2) the seriousness of the *Charter* violation; and
- (3) the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

I deal first with the fairness of admitting the evidence. Self-incriminating statements obtained as a result of a *Charter* breach will usually be excluded on the ground that their reception would render the trial unfair. As Lamer J. (as he then was) explained in *Collins*, at pp. 284-85:

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. . . . 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.

This passage reveals two related factors which may make the statement unfair: (1) the fact that the statement is self-incriminating and (2) the fact that the evidence would not have been available but for the breach.

In the case at bar, these two factors are not compelling. First, the accused's statement was neither incriminating nor prejudicial. Given the eyewitnesses to the shooting, there was no doubt about the identity of the killer. The only issues at the trial related to the defences of drunkenness and provocation. The statement supported the accused's position on these defences. Thus it cannot be said to have offended his right against self-incrimination. Second, while the statement itself might not have been made

Trois catégories générales de facteurs à considérer dans une décision fondée sur le par. 24(2) ont été établies dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité:

- 1) l'effet de l'utilisation des éléments de preuve sur l'équité du procès;
- 2) la gravité de la violation de la *Charte*;
- 3) l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

Je traite tout d'abord de l'équité de l'utilisation des éléments de preuve. Des déclarations auto-incriminantes obtenues par suite d'une violation de la *Charte* seront habituellement écartées pour le motif que leur utilisation serait susceptible de rendre le procès inéquitable. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a expliqué dans l'arrêt *Collins* (aux pp. 284 et 285):

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. [. . .] 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.

Ce passage indique deux facteurs connexes qui peuvent rendre injuste l'admission de la déclaration: 1) le fait que la déclaration est auto-incriminante et 2) le fait que l'élément de preuve n'aurait pas été disponible, n'eût été la violation.

En l'espèce, ces deux facteurs ne sont pas décisifs. Premièrement, la déclaration de l'accusé n'était ni incriminante ni préjudiciable. Étant donné la présence de témoins oculaires lors de la fusillade, il n'y avait aucun doute quant à l'identité de l'auteur du crime. Les seules questions soulevées lors du procès se rapportaient aux moyens de défense d'ivresse et de provocation. La déclaration appuyait la position de l'accusé à l'égard de ces moyens de défense. Par conséquent, on ne peut dire qu'elle a porté atteinte à son



but for the breach, it did not present evidence which was not otherwise available, except in so far as it assisted the accused. To paraphrase Lamer J. in *Collins*, the statement was not “essential to substantiate the charge” (p. 286). There was ample independent evidence as to the shooting and the events that preceded it. In these circumstances, it cannot be said that reception of the statement, even if it had been incriminating, would have significantly prejudiced the accused. This undercuts the suggestion that the statement rendered the trial unfair to the accused.

The second set of factors relevant to a s. 24(2) determination relates to the seriousness of the violation. Again, these factors are not compelling in the case at bar. In *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, Dickson C.J. identified the considerations relevant to this inquiry (at p. 1006):

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 breach of s. 10(a) of the *Charter* by failing to advise the accused upon arrest that the victim was dead, was neither wilful, deliberate nor flagrant. As Jones J.A. stated (at p. 113):

There is no evidence that the police were acting improperly or in disregard of the appellant’s rights. The failure to inform the appellant of the death was an oversight.

Nor can the police’s oversight in failing to advise that Goreham was dead be reasonably seen as having serious consequences for the accused. As discussed earlier, in the circumstances the accused might reasonably be supposed to have known that his victim was probably dead.

droit contre l’auto-incrimination. Deuxièmement, bien que la déclaration elle-même n’aurait peut-être pas été faite n’eût été la violation, elle ne présente pas d’éléments de preuve qu’on n’aurait pas pu découvrir par ailleurs, sauf dans la mesure où ils ont aidé l’accusé. Pour paraphraser le juge Lamer dans l’arrêt *Collins*, la déclaration n’était pas «essentielle pour justifier l’accusation» (p. 286). Il y avait suffisamment d’éléments de preuve indépendants relatifs à la fusillade et aux événements qui l’ont précédée. Dans ces circonstances, on ne peut dire que l’utilisation de la déclaration, même si elle avait été incriminante, aurait causé un préjudice important à l’accusé. Cela répond à l’argument selon lequel la déclaration a rendu le procès inéquitable à l’égard de l’accusé.

Le deuxième ensemble de facteurs pertinents dans une décision fondée sur le par. 24(2) concerne la gravité de la violation. Encore une fois, ces facteurs ne sont pas décisifs en l’espèce. Dans l’arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, le juge en chef Dickson a identifié les considérations pertinentes pour cet examen (à la p. 1006):

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*.

La violation de l’al. 10a) de la *Charte* par l’omission d’aviser l’accusé lors de son arrestation que la victime était décédée, n’était ni volontaire, ni délibérée, ni flagrante. Le juge Jones a dit (à la p. 113):

[TRADUCTION] Rien n’indique dans la preuve que les policiers agissaient d’une manière incorrecte ou sans tenir compte des droits de l’appelant. L’omission d’informer l’appelant du décès était un oubli.

On ne peut non plus raisonnablement considérer que l’oubli des policiers de mentionner le décès de Goreham a eu des conséquences graves pour l’accusé. Comme je l’ai dit précédemment, dans ces circonstances, on peut raisonnablement supposer que l’accusé savait que sa victime était probablement décédée.

The final question is whether, having regard to the factors just discussed, the repute of the administration of justice would be served by excluding the statement. In my view, it would not. Reception of the statement was not, in all the circumstances, unfair or calculated to prejudice the accused. Nor was the nature of the breach such that exclusion of the statement is required to ensure the integrity of our system of criminal justice.

#### 4. *Was the Charge to the Jury in Error?*

The issue is whether the trial judge's reference to criminal negligence in instructing the jury on the definition of murder invalidates the charge, requiring a new trial.

The judge, after charging the jury correctly on what constituted an unlawful act, which is the first element of the offence of murder, went on to allude to criminal negligence. He stated:

If you are satisfied with those points which I have addressed to you, beyond a reasonable doubt, then the act was an unlawful act. I will read the criminal negligence section to you, section 202:

“202. (1) Every one is criminally negligent who

(a) in doing anything . . .

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.”

A person who points a loaded shotgun at somebody when he is drunk, I think you could arrive at the conclusion that he is criminally negligent. It is unlawful. It is also an assault. If you find this was a culpable homicide, you will move to the charge of murder.

He went on to complete the legal definition of murder, concluding with a summary of the options open to the jury. Criminal negligence was not among them.

Therefore, to review the options open to you, they are: guilty as charged—that is, first degree murder—the homicide which is culpable, which was intended, planned and deliberate. If it was not planned and deliberate, but you find the specific intent which requires a

La question finale est de savoir si, compte tenu des facteurs que je viens d'analyser, la considération dont jouit l'administration de la justice serait servie par l'exclusion de la déclaration. À mon avis, elle ne le serait pas. Vu l'ensemble des circonstances, l'utilisation de la déclaration n'était pas inéquitable ni calculée pour causer un préjudice à l'accusé. La nature de la violation n'était pas non plus telle qu'il est nécessaire d'écarter la déclaration pour préserver l'intégrité de notre système de justice criminelle.

#### 4. *L'exposé au jury était-il erroné?*

L'exposé est-il invalide en raison de la mention par le juge du procès de la négligence criminelle dans ses directives au jury sur la définition du meurtre et faut-il donc tenir un nouveau procès?

Après avoir donné au jury des directives appropriées sur ce qui constituait un acte illégal, le premier élément de l'infraction de meurtre, le juge a ensuite parlé de la négligence criminelle. Il a dit:

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus par les points que je vous ai exposés, hors de tout doute raisonnable, alors l'acte était illégal. Je vais vous lire l'article portant sur la négligence criminelle, l'art. 202:

«202. (1) Est coupable de négligence criminelle qui-conque:

a) soit en faisant quelque chose [. . .]

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.»

Quand une personne en état d'ébriété pointe un fusil chargé dans la direction d'une autre personne, je suis d'avis que vous pouvez arriver à la conclusion qu'elle est criminellement négligente. C'est illégal. Il s'agit également de voies de fait. Si vous concluez qu'il s'agit d'un homicide coupable, vous en viendrez à l'accusation de meurtre.

Il a ensuite terminé la définition du meurtre selon la loi et a conclu par un résumé des possibilités offertes au jury. La négligence criminelle n'en faisait pas partie.

[TRADUCTION] Par conséquent, passons en revue les choix qui vous sont offerts; ce sont les suivants: coupable de l'accusation formulée—c'est-à-dire, de meurtre au premier degré—l'homicide qui est coupable, volontaire, commis avec préméditation et de propos délibéré.

mind capable of forming the intent to kill somebody, as I have described it to you, then it would be second degree murder. If there is no such intent, but the unlawful act of assaulting with a gun, then you will find him guilty of manslaughter. You will consider the drunkenness involved. You will consider the provocation if you find there was provocation, as I described it to you. You must consider all these things in coming to your determination. And you could find him not guilty.

In my view, the trial judge's reference to criminal negligence does not invalidate the charge. Read as a whole, the charge properly and completely instructs the jury as to the necessary elements of murder. The mention of the offence of criminal negligence, while unnecessary, was not capable of misleading the jury. In this respect, the charge can be distinguished from that given in *R. v. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250 (N.S.C.A.), where the trial judge not only referred to criminal negligence but repeated on several occasions that criminal negligence, if found by the jury, could constitute the underlying unlawful conduct required to sustain a conviction for culpable homicide. Those directives were in error and calculated to mislead the jury into finding that the element of an unlawful act was satisfied on improper grounds. Nothing of the sort occurred in the case at bar.

#### 5. Section 686(1)(b)(iii)

In view of my conclusion on the adequacy of the jury charge, it is not necessary to consider this issue.

#### Conclusion

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Halifax.*

S'il n'a pas été commis avec préméditation et de propos délibéré, mais si vous concluez à l'existence de l'intention précise qui exige un esprit capable de former l'intention de tuer quelqu'un, comme je vous l'ai décrit, alors il s'agit d'un meurtre au deuxième degré. S'il n'y a pas une telle intention, mais qu'il y a un acte illégal d'agression avec une arme à feu, alors vous le déclarerez coupable d'homicide involontaire coupable. Vous tiendrez compte de son état d'ébriété. Vous tiendrez compte de la provocation si vous concluez qu'il y a eu provocation comme je vous l'ai décrite. Vous devez tenir compte de tous ces éléments pour parvenir à votre décision. Vous pouvez également conclure qu'il n'est pas coupable.

À mon avis, la mention par le juge du procès de la négligence criminelle ne rend pas l'exposé invalide. Interprété dans son ensemble, l'exposé donne des directives appropriées et complètes au jury en ce qui a trait aux éléments nécessaires du meurtre. La mention de l'infraction de négligence criminelle, bien qu'inutile, ne pouvait pas induire le jury en erreur. À cet égard, il convient d'établir une distinction entre cet exposé et celui qui avait été donné dans l'affaire *R. v. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250 (C.A.N.-É.), où le juge du procès avait non seulement mentionné la négligence criminelle mais avait répété à plusieurs reprises que la négligence criminelle, si le jury concluait qu'il s'agissait de cette infraction, pouvait constituer la conduite illégale sous-jacente nécessaire pour fonder une déclaration de culpabilité d'homicide coupable. Ces directives étaient erronées et visaient à induire le jury en erreur afin qu'il conclue qu'on avait satisfait à l'élément de l'acte illégal sur le fondement de motifs incorrects. Ce n'est absolument pas le cas en l'espèce.

#### 5. *Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii)*

Compte tenu de ma conclusion sur le caractère adéquat de l'exposé au jury, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

#### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General  
of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la  
Nouvelle-Écosse, Halifax.*

**Zoltan Szabo** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SZABO

File No.: 20949.

1991: January 28; 1991: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Summary convictions — Appeal to Court of Appeal — Accused's appeal against conviction inscribed in Court of Appeal without seeking leave from that court — Crown's motion to dismiss appeal granted — Whether accused misled by clerk of Court of Appeal into believing that he had an appeal as of right — Whether Court of Appeal erred in dismissing accused's appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 762(1), 771(1).*

The accused was convicted of assault in the Municipal Court of Montréal and his appeal to the Superior Court was dismissed. He then inscribed a further appeal to the Court of Appeal without seeking leave from that court. The accused alleged that he was told by the clerk of the Court of Appeal that he could appeal his conviction to the Court of Appeal as of right. The clerk in question denied having given such advice. Although the Crown later informed the accused that he required leave to appeal, he did not believe the Crown and refused to follow its advice. The Crown's motion to dismiss the appeal on the basis that leave had not been sought was granted by the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Court of Appeal did not err in dismissing the accused's appeal. The accused, who was not represented by counsel, erroneously relied on s. 762(1) of the *Criminal Code* to appeal to the Court of Appeal. This section is only applicable to an appeal before the superior court of criminal jurisdiction for the province. It is s. 771(1)

**Zoltan Szabo** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SZABO

N<sup>o</sup> du greffe: 20949.

<sup>b</sup>

1991: 28 janvier; 1991: 28 mars.

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

<sup>c</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Déclarations de culpabilité par procédure sommaire — Pourvoi devant la Cour d'appel — Appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité inscrite en Cour d'appel sans demander l'autorisation de cette cour — Requête du ministère public en rejet de l'appel accueillie — Le greffier de la Cour d'appel a-t-il induit l'accusé en erreur en lui faisant croire qu'il pouvait former un appel de plein droit? — Est-ce à tort que la Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 762(1), 771(1).*

<sup>f</sup> L'accusé a été déclaré coupable de voies de fait en Cour municipale de Montréal et a été débouté de son appel à la Cour supérieure. Il a alors procédé à l'inscription d'un appel à la Cour d'appel sans en demander l'autorisation à cette dernière. L'accusé allègue s'être fait dire par le greffier de la Cour d'appel qu'il pouvait, de plein droit, en appeler du verdict de culpabilité devant la Cour d'appel. Le greffier en question nie avoir donné de tels renseignements. Bien que le ministère public ait par la suite informé l'accusé qu'il lui fallait obtenir l'autorisation d'appel, l'accusé n'en a rien cru et a refusé de suivre ses conseils. La Cour d'appel a accueilli la requête du ministère public en rejet de l'appel pour le motif que l'autorisation n'avait été ni demandée ni accordée.

<sup>i</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel a eu raison de rejeter l'appel de l'accusé. L'accusé, qui n'était pas représenté par un avocat, s'est appuyé à tort sur le par. 762(1) du *Code criminel* pour interjeter appel devant la Cour d'appel. Cette disposition ne s'applique qu'aux appels à la cour supérieure de juridiction criminelle pour la province. C'est le

of the *Code* which provides the only avenue of further appeal to the Court of Appeal, and this section requires leave to be granted on a question of law in order for the Court of Appeal to hear the appeal. The accused clearly erred in not seeking leave to appeal the upholding of his conviction to the Court of Appeal, and his failure to seek leave was based on his own error, not on his being misled by the clerk of the Court of Appeal.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 761 [rep. & sub. 1985, c. 19, s. 182], 762(1) [*idem*], 771(1) [*idem*, s. 183].

*Rules of Practice in Criminal Matters in the Court of Appeal of Quebec*, SI/83-107, s. 27 [sub. SI/87-255].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal<sup>1</sup>, allowing respondent's motion to dismiss the accused's appeal from a judgment of the Superior Court<sup>2</sup>, which dismissed the accused's appeal from his conviction in Municipal Court<sup>3</sup> on a charge of assault. Appeal dismissed.

*Zoltan Szabo*, on his own behalf.

*Germain Tremblay*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—I would like to begin these reasons by pointing out that the appellant, Mr. Szabo, was granted leave to appeal to this Court because there was a concern that a certain procedural error on his part may have resulted from his having been misled by a clerk at the Quebec Court of Appeal, and that in light of the fact that he was representing himself, he had thereby been unfairly deprived of "his day in court". I raised this matter with the appellant at the oral hearing of this appeal and he was afforded an opportunity to address it again before this Court.

<sup>1</sup> C.A. Montréal, No. 500-10-000397-867, April 5, 1988.

<sup>2</sup> Sup. Ct. Montréal, No. 500-36-000333-867, November 21, 1986.

<sup>3</sup> Mun. Ct. Montréal, No. 15-11030, April 21, 1986.

par. 771(1) du *Code* qui offre l'unique voie d'appel au palier plus élevé, c'est-à-dire à la Cour d'appel et, aux termes de ce paragraphe, il faut que l'autorisation soit accordée sur une question de droit pour que la Cour d'appel puisse entendre l'appel. De toute évidence, l'accusé a commis une erreur en ne demandant pas l'autorisation de porter en appel devant la Cour d'appel la décision portant confirmation du verdict de culpabilité rendu contre lui, et son omission de demander l'autorisation résulte de sa propre erreur et non de ce qu'il a été induit en erreur par le greffier de la Cour d'appel.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 761 [abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 182], 762(1) [*idem*], 771(1) [*idem*, art. 183].

*Règles de procédure de la Cour d'appel du Québec en matière criminelle*, TR/83-107, art. 27 [rempl. TR/87-255].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup>, qui a accueilli la requête de l'intimée visant à faire rejeter l'appel de l'accusé d'un jugement de la Cour supérieure<sup>2</sup>, qui avait rejeté l'appel formé par l'accusé contre le verdict de culpabilité de voies de fait rendu contre lui en Cour municipale<sup>3</sup>. Pourvoi rejeté.

*Zoltan Szabo*, pour son propre compte.

*Germain Tremblay*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Pour commencer, je tiens à préciser que l'appellant, M. Szabo, a reçu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour parce que l'on craignait qu'il ait fait une certaine erreur de procédure parce qu'il aurait été induit en erreur par un greffier de la Cour d'appel du Québec et que, plaidant lui-même sa propre cause, il ait en conséquence été inéquitablement privé de la possibilité de se faire entendre par le tribunal. J'ai abordé ce point avec l'appellant lors de l'audition du présent pourvoi et il lui a été permis d'en parler encore une fois devant

<sup>1</sup> C.A. Montréal, n° 500-10-000397-867, le 5 avril 1988.

<sup>2</sup> C.S. Montréal, n° 500-36-000333-867, le 21 novembre 1986.

<sup>3</sup> C. mun. Montréal, n° 15-11030, le 21 avril 1986.

After having heard further explanation and argument from Mr. Szabo at the oral hearing, I am of the view that the Quebec Court of Appeal did not err in dismissing Mr. Szabo's appeal, and that there was no unfairness in the dismissal of his appeal.

#### The Facts and the Lower Court Judgments

On April 21, 1986, the appellant was convicted of assault (punishable on summary conviction) and was sentenced to a 12-month suspended sentence in the Municipal Court of Montréal. Mr. Szabo appealed his conviction to the Quebec Superior Court; this appeal was dismissed by Mayrand J. on November 21, 1986.

Mr. Szabo alleges that on December 17, 1986, he spoke to the clerk of the Quebec Court of Appeal and was told that he could appeal his conviction to the Quebec Court of Appeal as of right. The clerk in question denies (by way of affidavit) having given such advice to the appellant. Subsequently, Mr. Szabo inscribed his appeal without seeking leave of the Court of Appeal.

The Crown contacted Mr. Szabo by telephone in December of 1987 and informed him that he required leave to appeal to the Quebec Court of Appeal, but the appellant did not believe this and refused to follow the Crown's advice. Consequently, on March 23, 1988, the Crown moved to have the appeal dismissed, pursuant to s. 771(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and s. 27 of the *Rules of Practice in Criminal Matters in the Court of Appeal of Quebec*, SI/83-107, on the basis that leave had not been granted or requested and that the time period for requesting leave had long since expired. On April 5, 1988, the Quebec Court of Appeal granted the Crown's request (in the presence of the appellant) and dismissed Mr. Szabo's appeal.

Leave to appeal the judgment of the Quebec Court of Appeal to this Court was granted on February 2, 1989, [1989] 1 S.C.R. xv.

nous. Ayant entendu ce qu'a ajouté M. Szabo en fait d'explications et d'arguments à l'audition du pourvoi, je suis d'avis que la Cour d'appel du Québec n'a pas commis d'erreur en rejetant son appel et que ce rejet de l'appel n'est en rien inéquitable.

#### Les faits et les jugements des juridictions inférieures

Le 21 avril 1986, en Cour municipale de Montréal, l'appellant a été déclaré coupable de voies de fait (infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire) et condamné à une peine de douze mois d'emprisonnement avec sursis. Monsieur Szabo a interjeté appel du verdict de culpabilité devant la Cour supérieure du Québec, appel qu'a rejeté le juge Mayrand le 21 novembre 1986.

Monsieur Szabo allègue avoir parlé avec le greffier de la Cour d'appel du Québec le 17 décembre 1986 et s'être fait dire qu'il pouvait faire appel, de plein droit, du verdict de culpabilité à la Cour d'appel du Québec. Le greffier en question nie (dans un affidavit) avoir donné de tels renseignements à l'appellant. Par la suite, M. Szabo a procédé à l'inscription de son appel sans en demander l'autorisation à la Cour d'appel.

Le ministère public a communiqué avec M. Szabo par téléphone en décembre 1987 pour lui faire savoir qu'il devait obtenir l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel du Québec. L'appellant n'en a rien cru et a refusé de suivre les conseils du ministère public. Par conséquent, le 23 mars 1988, le ministère public a demandé le rejet de l'appel en vertu du par. 771(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et de l'art. 27 des *Règles de procédure de la Cour d'appel du Québec en matière criminelle*, TR/83-107, pour le motif que l'autorisation d'appel n'avait été ni demandée ni accordée et que le délai pour demander l'autorisation était depuis longtemps expiré. Le 5 avril 1988, la Cour d'appel du Québec (en présence de l'appellant) a fait droit à la demande du ministère public et a rejeté l'appel de M. Szabo.

L'autorisation de pourvoi contre le jugement de la Cour d'appel du Québec a été accordée par notre Cour le 2 février 1989, [1989] 1 R.C.S. xv.

Relevant Statutory Provisions*Criminal Code*

**761.** [now s. 829] For the purposes of sections 762 to 770, “appeal court” means, in any province, the superior court of criminal jurisdiction for the province.

**762.** [now s. 830] (1) A party to proceedings to which this Part applies or the Attorney General may appeal against a conviction, judgment or verdict of acquittal or other final order or determination of a summary conviction court of the ground that

- (a) it is erroneous in point of law;
- (b) it is in excess of jurisdiction; or
- (c) it constitutes a refusal or failure to exercise jurisdiction.

**771.** [now s. 839] (1) An appeal to the court of appeal as defined in section 601 may, with leave of that court or a judge thereof, be taken on any ground that involves a question of law alone, against

- (a) a decision of a court in respect of an appeal under section 755; or
- (b) a decision of an appeal court under section 766, except where that court is the court of appeal. [Emphasis added.]

Issue

Did the Quebec Court of Appeal err in law in dismissing the appellant’s appeal from the upholding of his conviction by the Quebec Superior Court on the basis that he had neither sought nor been granted leave to appeal to the Quebec Court of Appeal?

Analysis

It is important to make clear at the outset that Mr. Szabo could not have appealed to the Quebec Court of Appeal as of right. There is no question but that leave was required in order for his appeal to be heard by the Quebec Court of Appeal. However, Mr. Szabo has refused to accept this, and has maintained throughout oral argument before this Court that he had an appeal as of right to the Quebec Court of

Les dispositions législatives pertinentes*Code criminel*

**761.** [maintenant l’art. 829] Pour l’application des articles 762 à 770, «cour d’appel» désigne, dans une province, la cour supérieure de juridiction criminelle pour la province.

**762.** [maintenant l’art. 830] (1) Une partie à des procédures que vise la présente partie ou le procureur général peut appeler d’une condamnation, d’un jugement ou verdict d’acquiescement ou d’une autre ordonnance ou décision finale d’une cour des poursuites sommaires, pour l’un des motifs suivants:

- a) d’erreur de droit;
- b) d’excès de compétence; ou
- c) de refus ou défaut d’exercice de compétence.

**771.** [maintenant l’art. 839] (1) Un appel à la cour d’appel, telle qu’elle est définie à l’article 601 peut, avec la permission de cette cour ou d’un de ses juges, être interjeté, pour tout motif qui comporte une question de droit seulement,

- a) de toute décision d’une cour relativement à un appel prévu par l’article 755; ou
- b) d’une décision d’une cour d’appel en vertu de l’article 766, sauf lorsque cette cour est la cour d’appel. [Je souligne.]

La question en litige

La Cour d’appel du Québec a-t-elle commis une erreur de droit en rejetant l’appel formé par l’appellant contre la décision de la Cour supérieure du Québec confirmant la déclaration de culpabilité rendue contre lui, pour le motif qu’il n’avait ni demandé ni reçu l’autorisation d’interjeter appel devant la Cour d’appel?

Analyse

Il importe de préciser au départ que M. Szabo n’aurait pas pu faire appel de plein droit à la Cour d’appel du Québec. Sans aucun doute l’autorisation était nécessaire pour interjeter appel. M. Szabo s’est toutefois refusé à cette réalité et, tout au cours des débats devant nous, il a prétendu pouvoir, aux termes du par. 762(1) du *Code*, interjeter appel de plein droit à la Cour d’appel du Québec. Je passerai donc en



Appeal, pursuant to s. 762(1) of the *Code*. I will, therefore, go through the *Code* provisions in order to make it clear to him that leave was required in this case.

In the case at bar, the appellant was convicted of assault punishable on summary conviction. Part XXIV of the *Criminal Code* (now Part XXVII) sets out the provisions of the *Code* which apply to summary conviction offences. There are a number of "routes" of appeal from a trial judgment contained therein; one of which is the Summary Appeal on Transcript or Agreed Statement of Facts provided for in s. 762(1). The appeal under s. 762(1), the section upon which Mr. Szabo sought to rely in the case at bar, is an appeal to the superior court of criminal jurisdiction for the province; it is not an appeal to the Quebec Court of Appeal. There is only one "route" of further appeal to the Quebec Court of Appeal; this is provided for in s. 771(1). Moreover, s. 771(1) requires leave to be granted on a question of law in order for the Court of Appeal to hear an appeal. Thus, it is clear that Mr. Szabo erred in not seeking leave to appeal the upholding of his conviction to the Quebec Court of Appeal.

The only remaining question is whether his error resulted from his having received erroneous information from a clerk at the Quebec Court of Appeal. At the oral hearing, Mr. Szabo agreed that this was the central issue in this case, but nonetheless went on to insist that he had an appeal as of right to the Quebec Court of Appeal, pursuant to s. 762(1).

In my view, Mr. Szabo's failure to obtain leave to appeal to the Quebec Court of Appeal did not result from his having been misled by a clerk of the court. The clerk in question denies having given such advice to Mr. Szabo. I am satisfied that what the clerk says is true, especially in light of Mr. Szabo's insistence, even before this Court, that he had an appeal as of right to the Quebec Court of Appeal under s. 762(1).

revue les dispositions du *Code* afin de lui faire comprendre qu'il fallait obtenir une autorisation en l'espèce.

<sup>a</sup>

Dans la présente affaire, l'appelant a été reconnu coupable de voies de fait punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Les dispositions applicables aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire se trouvent à la partie XXIV du *Code criminel* (maintenant la partie XXVII). Ces dispositions prévoient dans le cas d'un jugement de première instance plusieurs «voies» d'appel, dont les appels sommaires basés sur une transcription ou un exposé conjoint des faits sur lequel les parties se sont entendues, prévus au par. 762(1). L'appel prévu au par. 762(1), qui est la disposition invoquée par M. Szabo en l'espèce, est celui interjeté devant la cour supérieure de juridiction criminelle pour la province; il ne s'agit pas d'un appel à la Cour d'appel du Québec. Tout autre appel, c'est-à-dire à la Cour d'appel du Québec, ne peut se faire qu'en conformité avec le par. 771(1). De plus, aux termes du par. 771(1), il faut que l'autorisation soit accordée sur une question de droit pour que la Cour d'appel puisse être saisie d'un appel. Il est donc évident que M. Szabo a commis une erreur en ne demandant pas l'autorisation de porter en appel devant la Cour d'appel du Québec la décision confirmant le verdict de culpabilité rendu contre lui.

<sup>b</sup>

<sup>c</sup>

<sup>d</sup>

<sup>e</sup>

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

<sup>h</sup>

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

Seule reste à trancher en conséquence la question de savoir s'il s'est trompé du fait d'avoir reçu des renseignements erronés d'un greffier de la Cour d'appel du Québec. À l'audience, M. Szabo a reconnu que telle était la question fondamentale en l'espèce. Il a néanmoins persisté à prétendre pouvoir interjeter appel de plein droit devant la Cour d'appel du Québec en vertu du par. 762(1).

À mon avis, si M. Szabo a omis d'obtenir l'autorisation d'en appeler à la Cour d'appel du Québec, ce n'est pas parce qu'il avait été induit en erreur par un greffier de la cour. Le greffier en question nie avoir donné de tels renseignements à M. Szabo. Je suis convaincu que le greffier dit vrai, d'autant plus que M. Szabo, même en notre Cour, a maintenu son point de vue selon lequel le par. 762(1) prévoit un appel de plein droit à la Cour d'appel du Québec.

Given that Mr. Szabo persisted, at this Court, in taking the position that he did not require leave to appeal to the Quebec Court of Appeal, it would appear that he also took this position at the Court of Appeal, and that he did not oppose the Crown's motion to dismiss on the basis that he had simply made an error and ought to be granted an extension of time in which to seek leave to appeal.

In light of the above, I am of the view that the Quebec Court of Appeal did not err in dismissing the appellant's appeal on the basis that he neither sought nor obtained the leave of that court. Given that Mr. Szabo's failure to seek leave was based on his own error and not on his being misled by a clerk of the court, I see no unfairness in the Court of Appeal's decision to dismiss his appeal.

#### Disposition

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Zoltan Szabo, on his own behalf.*

*Solicitor for the respondent: Germain Tremblay, Montréal.*

Étant donné que, devant nous, M. Szabo a continué à soutenir qu'il n'était pas nécessaire d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel du Québec, il semble que telle ait été également sa position en Cour d'appel et qu'il n'ait pas fait valoir, face à la requête du ministère public en rejet de l'action, qu'il avait simplement commis une erreur et qu'on devait lui accorder une prolongation de délai afin qu'il puisse demander l'autorisation d'appel.

Compte tenu de ce qui précède, j'estime que c'est à bon droit que la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel de l'appelant pour le motif qu'il n'avait ni demandé ni obtenu l'autorisation de cette cour. Comme l'omission de M. Szabo de demander l'autorisation était imputable à sa propre erreur et n'a pas résulté du fait qu'il a été induit en erreur par un greffier de la cour, je ne vois rien d'injuste dans la décision de la Cour d'appel de rejeter son appel.

#### Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Zoltan Szabo, pour son propre compte.*

*Procureur de l'intimée: Germain Tremblay, Montréal.*

**D. W. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. W.(D.)

File No.: 22170.

1991: February 1; 1991: March 28.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Charge to jury — Recharge — Trial judge making error in recharge as to standard of proof required of Crown — Whether error reversible in light of correct instructions given a few minutes earlier during main charge.*

Appellant was convicted of sexual assault after a trial that pitted the credibility of the accused against that of the complainant. The main charge was relatively short and was correct and fair. The time period between the end of the main charge and the recharge was less than ten minutes. Counsel for the Crown had requested the recharge in order that the judge explain what evidence might assist the jury in making a finding on the issue of credibility. The judge erred in the short recharge in that he characterized the core issue to be determined by the jury as whether they believed the complainant or whether they believed the appellant. When counsel for the appellant objected to the recharge, the trial judge responded that he did not feel that he left the jury with the impression that they must accept the appellant's evidence in order to acquit him. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here is whether the erroneous recharge, viewed in the context of the charge as a whole and the short time that elapsed between the main charge and the recharge, could be said to have left the jury with any doubt that if they had a reasonable doubt they must acquit.

*Held* (Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

**D. W. Appelant**

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. W.(D.)

<sup>b</sup> N° du greffe: 22170.

1991: 1<sup>er</sup> février; 1991: 28 mars.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Erreur du juge du procès dans son exposé supplémentaire au sujet du fardeau de preuve exigée du ministère public — Cette erreur donne-t-elle lieu à révision étant donné les directives correctes données quelques minutes plus tôt dans l'exposé principal?*

<sup>e</sup> L'appelant a été déclaré coupable d'agression sexuelle après un procès qui opposait la crédibilité de l'accusé à celle de la plaignante. L'exposé principal a été assez court, mais il était exact et équitable. Le temps écoulé entre la fin de l'exposé principal et l'exposé supplémentaire a été de moins de dix minutes. Le substitut du procureur général a demandé un exposé supplémentaire pour que le juge explique les éléments de preuve qui pouvaient aider le jury à arriver à une conclusion sur le sujet de la crédibilité. Le juge a commis une erreur dans ce bref exposé supplémentaire en disant que la question centrale à trancher par les jurés était de savoir s'ils croyaient la plaignante ou s'ils croyaient l'appelant. Quand l'avocat de l'appelant a fait objection à cet exposé supplémentaire, le juge du procès a répondu qu'il ne pensait pas avoir donné aux jurés l'impression qu'ils devaient croire le témoignage de l'appelant pour l'acquitter. La Cour d'appel a rejeté l'appel. La question en litige est de savoir si l'erreur dans l'exposé supplémentaire, considérée dans le contexte de l'ensemble des directives, vu le court laps de temps qui s'est écoulé entre l'exposé principal et l'exposé supplémentaire, a laissé les jurés dans l'incertitude sur le fait que s'ils avaient un doute raisonnable ils devaient prononcer l'acquiescement.

<sup>j</sup> *Arrêt* (les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Per Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.:* The original charge was eminently fair and error free so far as the appellant was concerned. The main charge and recharge must be read as a whole in determining whether the jury was left in any doubt as to the application of Crown's onus of proving the charges against the appellant beyond a reasonable doubt.

The trial judge erred in his recharge. It is incorrect to instruct a jury in a criminal case that, in order to render a verdict, they must decide whether they believe the defence evidence or the Crown's evidence. Putting this either/or proposition to the jury excludes the third alternative: namely, that the jury, without believing the accused, after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole, may still have a reasonable doubt as to his guilt.

Where credibility is important, the trial judge must instruct the jury that the rule of reasonable doubt applies to that issue. The trial judge should instruct the jury that: (1) if they believe the evidence of the accused, they must acquit; (2) if they do not believe the testimony of the accused but are left in reasonable doubt by it, they must acquit; (3) even if not left in doubt by the evidence of the accused, they still must ask themselves whether they are convinced beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused on the basis of the balance of the evidence which they do accept. The failure to use such language may not be fatal, however, if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply. Where an error is made in the instruction on the burden of proof, the fact that the trial judge correctly instructed on that issue elsewhere in the charge is a strong indication that the jury were not left in doubt as to the burden resting on the Crown.

Here, the recharge was given not at the request of the jury but of the Crown and only a few minutes after the correctly given charge was completed. In all the circumstances and notwithstanding the error in the recharge, the charge read as a whole adequately instructed the jury that if they had a reasonable doubt as to the guilt of the accused, they must acquit.

*Per Sopinka J. (dissenting):* Credibility was a fundamental issue and the case fell to be decided on the basis of the evidence of the complainant versus that of the

*Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci:* L'exposé principal était éminemment équitable et exempt d'erreur pour ce qui concerne l'appelant. Il faut lire l'exposé principal et l'exposé supplémentaire comme un tout pour déterminer si le jury a été laissé dans l'incertitude quant à l'application du fardeau qui incombait au ministère public de prouver les accusations hors de tout doute raisonnable contre l'appelant.

Le juge du procès a commis une erreur dans son exposé supplémentaire. Il est incorrect d'indiquer aux jurés, dans une affaire criminelle, que pour arriver à un verdict, ils doivent décider s'ils ajoutent foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite. Énoncer cette alternative au jury écarte une troisième option possible, celle où les jurés, sans croire l'accusé et après avoir tenu compte de la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve, peuvent encore avoir un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Quand la crédibilité est importante, le juge du procès doit dire au jury que la règle du doute raisonnable s'applique à cette question. Le juge devrait dire aux jurés que: (1) s'ils croient la déposition de l'accusé, ils doivent acquitter; (2) même s'ils ne croient pas la déposition de l'accusé mais ont un doute raisonnable, ils doivent acquitter; (3) même s'ils n'ont pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, ils doivent encore se demander s'ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé, en vertu du reste de la preuve qu'ils ont acceptée. L'omission de se servir de ce modèle n'est peut-être pas fatale si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent. Quand il y a une erreur dans une directive concernant le fardeau de la preuve, le fait que le juge du procès ait donné des directives correctes sur cette question ailleurs dans son exposé est une forte indication que le jury n'a pas été laissé dans le doute au sujet du fardeau de preuve qui incombe au ministère public.

En l'espèce, l'exposé supplémentaire n'a pas été fait à la demande du jury mais à la demande du ministère public et quelques minutes seulement après la fin d'un exposé principal correct. Vu toutes les circonstances et malgré l'erreur commise dans l'exposé supplémentaire, l'ensemble de l'exposé a bien indiqué aux jurés que s'ils avaient un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, ils devaient l'acquitter.

*Le juge Sopinka (dissent):* La crédibilité était déterminante et l'affaire devait être tranchée en fonction soit de la déposition de la plaignante soit de celle de l'accusé.

accused. The charge as a whole must be examined in determining whether or not an instruction is correct.

The jury here were told two things which were in conflict. First, in the main charge, that in dealing with the credibility of the accused, the Crown could fail to prove the case beyond a reasonable doubt even if the jury had a doubt about the credibility of the accused's story. Then, on the recharge, that the Crown would have failed to discharge its onus only if they believed the evidence of the accused. The jury would be uncertain as to which version was correct and it is pure speculation that they would have accepted the first version rather than the second version which was characterized by the trial judge as "better". This takes on additional significance in light of the statement to the jury that the charge might contain errors that would necessitate a recharge.

When dealing with the burden of proof, the trial judge is dealing with the most fundamental rule of the game. It is particularly important, in a case in which the prosecution depends on the credibility of the complainant and the accused testifies, that it be very clear and unequivocal that the prosecution has not proved its case beyond a reasonable doubt if, after considering the evidence of the accused and the complainant together with any other evidence, there is a doubt. This charge did not make this clear to the jury.

*Per* McLachlin J. (dissenting): The conclusion of Sopinka J. and of Brooke J.A. in the Court of Appeal, that the error in the charge may have misled the jury, was agreed with.

### Cases Cited

By Cory J.

**Referred to:** *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. MacDonald* (1989), 48 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. v. Roberts* (1975), 24 C.C.C. (2d) 539; *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

By Sopinka J. (dissenting)

*R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570.

cusé. Il faut examiner l'exposé dans son ensemble pour déterminer si une directive est correcte.

En l'espèce, on a dit aux jurés deux choses contradictoires. On leur a d'abord dit, dans l'exposé principal, qu'en ce qui concerne l'évaluation de la crédibilité de l'accusé, le ministère public pouvait ne pas avoir prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable même si les jurés avaient un doute quant à la crédibilité de la déposition de l'accusé. Ensuite, dans l'exposé supplémentaire, on leur a dit que le ministère public n'aurait échoué dans la preuve qui lui incombait que s'ils croyaient la déposition de l'accusé. Les jurés doivent avoir au moins été dans le doute quant à l'énoncé correct et c'est pure conjecture de dire qu'ils auraient accepté le premier énoncé plutôt que le second, que le juge du procès a qualifié de «meilleur». La chose a une importance accrue en raison de la mention au jury que l'exposé pouvait comporter des erreurs qui rendraient un exposé supplémentaire nécessaire.

Quand il traite du fardeau de la preuve, le juge du procès explique la règle la plus fondamentale du système. Il importe au plus haut point, dans une affaire dans laquelle la poursuite se fonde sur la crédibilité de la plaignante et dans laquelle l'accusé a déposé, qu'il soit très clair et précis que la poursuite n'a pas établi une preuve hors de tout doute raisonnable si, après avoir examiné les dépositions de l'accusé et de la plaignante ainsi que les autres éléments de preuve, il subsiste un doute. L'exposé n'a pas clairement expliqué cela au jury.

*Le juge* McLachlin (dissidente): *Le juge* McLachlin est d'avis, comme le juge Sopinka et le juge Brooke de la Cour d'appel, que l'erreur contenue dans l'exposé peut avoir induit le jury en erreur.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. v. MacDonald* (1989), 48 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. v. Roberts* (1975), 24 C.C.C. (2d) 539; *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

*R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing appellant's appeal from conviction by Daudlin Dist. Ct. J. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

*David E. Harris*, for the appellant.

*David B. Butt*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—This case raises the issue as to the correctness of the charge to the jury, on the special application of the burden and standard of proof, in a case which is presented as a contest between the credibility of the complainant and that of the accused.

#### Facts

The complainant, T. W., is the niece of the accused. He was 42, she 16. She testified that on two occasions the accused had intercourse with her without her consent. The incidents are alleged to have happened in the course of a three-day period while the complainant was staying temporarily at the accused's home. The complaint was lodged the day after the second incident, and the accused was arrested that night. She testified that on both occasions he was driving her over to her boyfriend's house. He stopped the car in a remote area, demanded intercourse, she submitted out of fear, and on completion he drove her to her destination.

What corroborative evidence there was of her story is weak. Her panties were found to have semen stains emitted by a Type A secretor. Thirty-two per cent of the population is such a secretor. The accused is one. However, the complainant spent two nights in the same clothing with her boyfriend. There is no evidence of his "type" or whether sexual activity took place with him. Furthermore, her testimony was that the accused ejaculated into a Kleenex on both occasions.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité devant le juge Daudlin de la Cour de district. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

*David E. Harris*, pour l'appellant.

*David B. Butt*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Le présent pourvoi soulève la question de l'exactitude de directives au jury concernant l'application du fardeau et de la norme de preuve dans un cas qui oppose la crédibilité de la plaignante à celle de l'accusé.

#### Les faits

La plaignante, T. W. est la nièce de l'accusé; il avait 42 ans, elle 16 ans. Elle a déposé qu'à deux occasions l'accusé a eu des rapports sexuels avec elle sans son consentement. Les incidents se seraient produits sur une période de trois jours alors qu'elle habitait temporairement chez l'accusé. La plaignante a porté plainte le lendemain du second incident et l'accusé a été arrêté la nuit suivante. Elle a déposé qu'aux deux occasions, il la conduisait chez son ami. Il avait stationné la voiture dans un endroit isolé, lui avait demandé d'avoir des rapports sexuels avec lui, ce à quoi elle s'était soumise par crainte, et après l'incident, il l'avait conduite à sa destination.

Les éléments de preuve qui pouvaient corroborer sa version des faits sont faibles. Sa culotte avait des taches de liquide séminal du groupe A. Trente-deux pour cent de la population a des sécrétions de ce groupe. L'accusé fait partie de ce pourcentage. Par contre, la plaignante qui avait passé deux nuits chez son ami était restée dans les mêmes vêtements. On n'a pas indiqué à quel groupe son ami appartient, ni si elle avait eu des rapports sexuels avec lui. De plus, selon le témoignage de la plaignante, l'accusé a éjaculé dans un papier-mouchoir lors des deux incidents.

The accused testified in his own defence that the alleged incidents never happened. He testified that he simply drove her from his house to her destination without incident. There is no independent evidence corroborative of his version.

There is a valid basis of attack with respect to the credibility of both witnesses. The complainant is 16 years old, an unemployed dropout, and after leaving her parents' home has since been thrown out of several friends' homes. As the defence made clear, she did not complain of these incidents immediately after they occurred despite numerous opportunities to do so, and indeed went back to the accused's house after both drives. She claimed that she returned because she had left her purse behind. Furthermore, it was the position of the defence that the allegations were made out of spite because the accused had ordered the complainant from his home: because of his and his wife's very constrained financial situation, they simply could not afford to have guests.

It is apparent from the transcript that the accused was a poor witness. It is difficult to assess from the bare transcript whether the primary cause of this was his poor education and diminished intelligence, or obfuscation and inconsistent denial in the face of the truth. The accused can neither read nor write and, according to his testimony, cannot even count money. As a result, what one is to make of the inconsistencies in his testimony concerning, for instance, the days on which the two drives occurred, is far from clear. Similarly, it is difficult to know what to make of the facts that he spoke quickly and quietly, interrupted counsel on several occasions, yet in the main was examined in chief primarily by way of leading questions because, I assume, his answers were so terse.

### Analysis

The learned trial judge charged the jury on the issue of the credibility of witnesses generally in the following terms:

L'accusé a déposé pour sa propre défense que les incidents reprochés ne se sont jamais produits. Il a déposé qu'il avait simplement reconduit la plaignante de chez lui à sa destination sans incident. Il n'y a pas de preuve de corroboration de sa version des faits.

Il y a des motifs valables de mettre en doute la crédibilité des deux témoins. La plaignante avait 16 ans, elle était en chômage et avait abandonné l'école et, après être partie de chez ses parents, elle avait été mise à la porte de chez plusieurs amis. La défense a souligné qu'elle n'a pas porté plainte aussitôt après les incidents bien qu'elle ait eu plusieurs occasions de le faire et qu'elle est même retournée chez l'accusé après les deux randonnées. Elle a soutenu qu'elle était retournée chez lui parce qu'elle y avait laissé sa bourse. De plus, la défense a soutenu que les allégations étaient faites par vengeance parce que l'accusé avait chassé la plaignante de chez lui, parce que sa femme et lui étaient dans une situation financière très serrée et qu'ils ne pouvaient loger personne d'autre.

Il ressort clairement de la transcription que l'accusé était un témoin médiocre. Il est difficile de savoir, par la seule transcription, si cela tient principalement à son manque d'instruction et à une certaine faiblesse d'esprit ou à l'obscurcissement et à une dénégation incohérente de la vérité. L'accusé ne sait ni lire, ni écrire et, selon sa déposition, ne peut même pas compter de l'argent. En conséquence, ce qu'il faut conclure des incohérences dans sa déposition, par exemple, au sujet des jours où les deux trajets en voiture ont eu lieu n'est pas du tout clair. De même, il est difficile de savoir ce qu'il faut conclure du fait qu'il parlait vite et bas, qu'il a interrompu les avocats à plusieurs reprises, et que même son interrogatoire principal a été mené essentiellement sous forme de questions suggestives; je suppose que c'est parce que ses réponses étaient trop brèves.

### L'analyse

Le juge du procès a donné les directives suivantes au jury à propos de la crédibilité des témoins en général:

In deciding what the facts are in this case you will be the sole judges of the truthfulness of the witnesses and of the weight to be given to the testimony of each of them. In deciding whether a witness is worthy of belief you should bring your own common everyday experience to such matters. Simply, in effect, exercise your good common sense. I tell you that you are entitled to believe all of the evidence given by a witness, part of that evidence or none of it. In determining whether to believe that witness you should consider such things as his or her ability and opportunity to observe his appearance or her appearance in the manner while testifying before you, his or her power of recollection, any interest, bias or prejudice that he or she may have, any inconsistencies in the testimony and the reasonableness of that testimony ought to be considered by you when considering the light of all of the evidence in the case. You are not obliged to accept any part of the evidence of a witness just because there has been no denial of it.

Shortly thereafter, he dealt with the status of the accused as a witness as follows:

In this case the accused himself gave evidence. He is in exactly the same position as any other witness as to credibility.

Immediately thereafter, however, the trial judge stated:

Shortly I will instruct you as to how to weigh that testimony and I have already given the general direction in terms of how in fact one would view evidence as to credibility, but for the present let me tell you that if you believe the accused and he did not commit the offence or what he did lacks some essential element of the offence or if the evidence of the accused either standing alone or taken together with all of the other evidence leaves you in a state of reasonable doubt you must acquit him, but if upon consideration of all of the evidence, the arguments of counsel and my charge you are satisfied that the accused has been proven guilty beyond a reasonable doubt as I have defined those words to you, it is your duty to convict the accused.

This is in accordance with *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), approved in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345. See also *Nadeau v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 570. I have serious misgivings that it is appropriate to make the bald statement that the credibility of the accused is to be treated

[TRADUCTION] Pour déterminer les faits de l'espèce, vous êtes les seuls juges de la véracité des témoins et du poids à accorder aux dépositions de chacun d'eux. Pour déterminer si un témoin est crédible, vous devez faire appel à votre expérience de tous les jours à cet égard. En réalité, pour dire les choses simplement, servez-vous de votre bon sens. Je vous indique que vous avez le droit de croire la totalité de la déposition d'un témoin, d'en croire des parties ou de ne rien croire du tout. Pour savoir si vous devez croire un témoin, vous devez tenir compte de choses comme sa capacité d'observer et de l'occasion qu'il a eue de le faire, de son comportement au moment de témoigner devant vous, de sa mémoire. Vous devez aussi tenir compte de tout intérêt, parti-pris ou partialité qu'il peut avoir, de toute incohérence dans sa déposition et du caractère raisonnable de cette déposition dans l'ensemble de toute la preuve offerte dans l'affaire. Vous n'êtes pas obligés de croire ce qu'un témoin a dit uniquement parce que personne n'a nié ce qu'il a dit sur un point.

Peu de temps après, il a parlé de la situation de l'accusé comme témoin dans les termes suivants:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'accusé lui-même a déposé. Il est exactement sur le même pied qu'un autre témoin, pour ce qui est de la crédibilité.

Immédiatement après, cependant, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Dans un instant, je vous dirai comment évaluer les témoignages et je vous ai déjà donné des indications générales sur la façon de considérer les dépositions pour ce qui a trait à la crédibilité, mais pour le moment laissez-moi vous dire que si vous croyez l'accusé et si vous croyez qu'il n'a pas commis l'infraction ou qu'il manque quelque élément essentiel de l'infraction dans ce qu'il a fait, ou si la déposition de l'accusé, soit par elle-même ou prise avec toutes les autres dépositions, vous laisse dans un état de doute raisonnable, vous devez acquitter l'accusé, mais si, compte tenu de toute la preuve, des plaidoiries des avocats et de mon exposé, vous êtes convaincus que la culpabilité de l'accusé a été prouvée hors de tout doute raisonnable, selon la définition que je vous ai donnée de ces termes, il est de votre devoir de déclarer l'accusé coupable.

Ces directives sont conformes à l'arrêt *R. c. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), approuvé par l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345. Voir aussi *Nadeau c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 570. Je doute beaucoup qu'il convienne d'affirmer de façon catégorique qu'il faut considérer la crédibilité de l'accusé



exactly as that of any other witness. When considered with the earlier passage, they can be read to suggest that if whole or part of the evidence of the accused is disbelieved, it can be discarded in whole or in part and not considered as part of the body of evidence to which the criminal standard is ultimately applied. It was suggested that this statement is part of the standard charge and is intended to convey to the jury that the accused, like any other witness, is entitled to testify and in this respect is no different than any other witness. If that is its purpose, some elaboration of that statement is desirable.

Nonetheless, immediately after this statement, the trial judge did go on to instruct the jury that if the evidence of the accused left them in a state of doubt, the Crown had failed to discharge the burden of proof to prove the case beyond a reasonable doubt.

The effect of all of this would have been that the jury understood that there was a general obligation to prove the case beyond a reasonable doubt but that when it came to a contest of credibility, there was a special rule. That special rule was correctly stated in this part of the charge. Nowhere else in the charge does the trial judge repeat this instruction.

After the main charge, the trial judge did advise the jury that there might be a further instruction based on submissions of counsel but that they were not to give an additional charge any more prominence than the charge. He stated:

After you retire I will be discussing my charge with counsel and they may have some matters which they wish corrected or some matters which they wish me to give you further instruction. This is perfectly proper as it is quite possible that I may have made some error or overlooked something. If I call you back to deal with such matters I ask you not to have any special or give any special emphasis to what I say to you on that occasion, but rather that you regard it as additional instruction that I might have given to you just now had I in fact considered it worth mentioning. To this end I would ask

cusé exactement comme celle de n'importe quel autre témoin. En tenant compte du passage antérieur, cet énoncé peut vouloir dire que si les jurés ne croient pas la totalité ou des parties du témoignage de l'accusé, ils peuvent l'écartier en tout ou en partie et ne pas le considérer comme faisant partie de l'ensemble de preuve à laquelle la norme de droit criminel s'applique. On a affirmé que cet énoncé fait partie des exposés-types et qu'il vise à faire comprendre aux jurés que l'accusé, comme tout autre témoin, a le droit de déposer et que, sous cet aspect, sa situation n'est pas différente de celle de n'importe quel autre témoin. Si tel est le but de cet énoncé, il est souhaitable de l'expliquer.

Néanmoins, immédiatement après cet énoncé, le juge du procès a poursuivi en indiquant aux jurés que si le témoignage de l'accusé les laissait dans un état de doute, le ministère public n'avait pas satisfait au fardeau de prouver l'infraction hors de tout doute raisonnable.

Tout cela aurait eu comme conséquence d'amener le jury à comprendre qu'il existait une obligation générale de prouver l'infraction hors de tout doute raisonnable, mais que, quand il s'agissait de vérification de crédibilité, il existait une règle spéciale. Cette règle spéciale a été bien formulée dans cette partie de l'exposé. Le juge du procès n'a répété cette directive nulle part ailleurs dans l'exposé.

Après l'exposé principal, le juge du procès a indiqué aux jurés qu'il pouvait y avoir des directives supplémentaires qui découleraient des observations des avocats, mais qu'ils ne devaient pas donner à un exposé supplémentaire plus d'importance qu'à l'exposé principal. Il dit:

[TRADUCTION] Quand vous vous serez retirés pour délibérer, j'examinerai mon exposé avec les avocats et il se peut qu'il y ait des sujets qu'ils souhaitent me voir corriger ou encore des sujets à propos desquels ils souhaitent que je vous donne des directives supplémentaires. La chose est tout à fait normale puisqu'il est possible que j'aie fait des erreurs ou oublié quelque chose. Si je vous rappelle pour traiter de ces questions, je vous demande de ne pas accorder une importance spéciale à ce que je vous dirai alors, mais plutôt de considérer cela comme des directives additionnelles que j'aurais pu vous donner

that you give me ten minutes before you start your actual deliberation. [Emphasis added.]

After hearing the submission of counsel, during which counsel for the Crown strenuously objected to the absence of a charge drawing to the jury's attention the inconsistencies in the accused's testimony, the trial judge recalled the jury. He explained to them that after hearing from counsel as he had advised them, there were some things which he might have said better. The learned trial judge stated:

As I indicated might happen, I have been assisted by the counsel in terms of some issues that I perhaps could better put before you.

He then proceeded with a recharge during which he went into considerable detail with respect to the inconsistencies in the accused's evidence without reference to any inconsistencies in the complainant's evidence or without reference to other reasons for non-acceptance of her evidence which had been dealt with in the earlier charge.

At the beginning of this part of the charge, the following instruction was given which was found to be in error by the Court of Appeal and is conceded to be an error of law:

... that leads me to the second area which I wish to perhaps offer some further assistance to you and that is in determining the credibility to be given to the evidence by each of the witnesses and in particular the evidence of the complainant versus the evidence of the accused because in this instance is very fundamental to this trial and that is the very heart in effect is who you are going to believe, the two stories being so diametrically opposed one to the other. Now you will recall by way of general instruction I indicated to you that one of the things that you will want to consider when determining credibility and who is to be believed is inconsistencies in the evidence given, either within itself or with evidence given independently of the persons, the complainant and the accused given. [Emphasis added.]

He then referred to the inconsistencies in the accused's testimony and continued:

auparavant si j'avais jugé utile de le faire. Pour ce faire, je vous demanderai de m'accorder une dizaine de minutes avant de commencer vos délibérations. [Je souligne.]

<sup>a</sup> Après avoir entendu les observations des avocats, au cours desquelles le substitut du procureur général a fait de fortes objections à l'absence de directive qui aurait attiré l'attention du jury sur les incohérences contenues dans la déposition de l'accusé, le juge du procès a rappelé le jury. Il a expliqué aux jurés qu'après avoir entendu les observations des avocats, comme il l'avait mentionné, il y avait certaines choses qu'il aurait pu mieux expliquer. Le juge du procès a alors poursuivi:

[TRADUCTION] Comme j'ai mentionné qu'il pouvait arriver, les avocats ont attiré mon attention sur certaines questions que je pourrais peut-être mieux vous exposer.

<sup>d</sup> Il leur a alors fait un exposé supplémentaire dans lequel il a parlé en détail des incohérences de la déposition de l'accusé sans mentionner aucune des incohérences de la déposition de la plaignante, ni mentionner d'autres motifs de ne pas croire le témoignage de cette dernière, comme il l'avait fait dans l'exposé antérieur.

<sup>f</sup> La Cour d'appel a jugé erronées les directives qui suivent et que le juge avait données au début de cette partie de l'exposé; les parties reconnaissent qu'il s'agit d'une erreur de droit:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] ... ceci m'amène au deuxième sujet à propos duquel je veux essayer de vous éclairer davantage et c'est celui de déterminer la crédibilité à accorder aux dépositions de chacun des témoins et plus précisément à la déposition de la plaignante par rapport à celle de l'accusé parce qu'en l'espèce la chose absolument fondamentale à ce procès et vraiment déterminante dépend de qui vous allez croire, les deux versions étant si diamétralement différentes l'une de l'autre. Maintenant, vous vous souviendrez que, dans les directives générales, j'ai mentionné que l'une des choses dont vous voudrez tenir compte pour déterminer la crédibilité et savoir qui il faut croire, ce sont les incohérences dans les dépositions, soit à l'intérieur d'une même déposition, soit en fonction de dépositions autres que celle de la plaignante et de l'accusé. [Je souligne.]

<sup>j</sup> Il mentionne alors les incohérences dans la déposition de l'accusé et poursuit:

At the end of the day the core issue to be determined by yourselves is whether you believe the complainant or whether you believe the accused. If in fact you believe the accused then clearly nothing took place and in fact the Crown will have failed to prove beyond a reasonable doubt that he is guilty as charged. On the other hand if you in fact believe the complainant totally, then he is guilty as charged. If you disbelieve her totally, but you accept that there is evidence upon which you can factually find that a simple assault took place then you can find the accused not guilty as charged, but guilty of the included offence of assault and if you disbelieve her and accept the evidence of the accused then clearly you must find him not guilty. [Emphasis added.]

In my opinion, in this case credibility was a fundamental issue and the case fell to be decided on the basis of the evidence of the complainant versus the evidence of the accused. While there was some circumstantial evidence, it is not suggested that it had any important role in the case. While it is true that the charge as a whole must be examined in determining whether or not an instruction is correct, this is a case in which the jury were told two things which were in conflict. First, they were told that in dealing with the credibility of the accused the Crown would fail to prove the case beyond a reasonable doubt if the jury had a doubt about the credibility of the accused's story. On the recharge, they were told that this would only be the case if they believed the evidence of the accused. This statement was made following a detailed recounting of inconsistencies in the evidence of the accused which would be understood to be reasons why the jury should not accept the evidence of the accused. In my opinion, at the very least the jury would be uncertain as to which version was correct and it is pure speculation that they would have accepted the first version rather than the second version which was characterized by the trial judge as "better". This takes on additional significance in light of the statement to the jury that the charge might contain errors that would necessitate a recharge.

When dealing with the burden of proof, the trial judge is dealing with the most fundamental rule of the game. It is particularly important in a case in which the prosecution depends on the credibility of the complainant and the accused testifies, that it be

[TRANSLATION] En fin de compte, la question centrale que vous avez à décider c'est si vous allez croire la plaignante ou si vous allez croire l'accusé. Si vous croyez l'accusé, alors il ne s'est rien produit et la poursuite n'a pas réussi à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable des actes reprochés. D'autre part, si vous croyez la plaignante complètement, alors il est coupable des actes reprochés. Si vous ne la croyez pas du tout, mais que vous acceptez qu'il y a des éléments de preuve qui permettent de conclure qu'il y a eu de simples voies de fait, alors vous pouvez acquitter l'accusé des chefs d'accusation mentionnés, mais le trouver coupable de l'infraction comprise de voies de fait et si vous ne croyez pas la plaignante et que vous croyez le témoignage de l'accusé, alors vous devez l'acquitter. [Je souligne.]

À mon avis, en l'espèce, la crédibilité était déterminante et l'affaire devait être tranchée en fonction soit de la déposition de la plaignante soit de celle de l'accusé. Même s'il y avait quelques éléments de preuve indirecte, on n'a pas soutenu qu'ils jouaient un rôle important dans l'affaire. Bien qu'il faille examiner l'exposé dans son ensemble pour déterminer si une directive est correcte, il s'agit d'un cas où on a dit aux jurés deux choses contradictoires. On leur a d'abord dit qu'en ce qui concerne l'évaluation de la crédibilité de l'accusé, le ministère public n'a pas prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable si les jurés avaient un doute sur la véracité du récit de l'accusé. Dans l'exposé supplémentaire, on leur a dit que tel serait le cas seulement s'ils croyaient la déposition de l'accusé. Cette affirmation a été faite après l'énumération détaillée des incohérences contenues dans le témoignage de l'accusé qui seraient comprises comme des motifs de ne pas accepter le témoignage de l'accusé. À mon avis, le jury doit avoir au moins été dans le doute quant à l'énoncé correct et c'est pure conjecture de dire que le jury aurait accepté le premier énoncé plutôt que le second que le juge du procès a qualifié de «meilleur». La chose a une importance accrue en raison de la mention au jury que l'exposé pouvait comporter des erreurs qui rendraient nécessaire un exposé supplémentaire.

Quand il traite du fardeau de la preuve, le juge du procès explique la règle la plus fondamentale du système. Il importe au plus haut point, dans une affaire dans laquelle la poursuite se fonde sur la crédibilité de la plaignante et dans laquelle l'accusé a déposé,

very clear and unequivocal that the prosecution has not proved its case beyond a reasonable doubt if, after considering the evidence of the accused and the complainant together with any other evidence, there is a doubt. I cannot say with confidence that this charge made this clear to the jury in this case, and therefore I would direct a new trial.

The judgment of Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J.—The sole issue in this appeal is whether the error made by the trial judge in his recharge as to the standard of proof required of the Crown constitutes reversible error in light of the correct instructions given a few minutes earlier during the main charge.

#### Facts

At the conclusion of a trial before judge and jury, the appellant, D. W., was convicted of two charges of sexual assault. The only oral evidence given was that of the appellant and the complainant. A forensic report was submitted revealing that the type of secretion found in the complainant's underwear matched that of the appellant, but the trial judge very properly instructed the jury that this evidence was of a limited value since 32 per cent of the population had this type of secretion. As well, it was observed that the complainant had testified that she had spent two nights with her boyfriend during the relevant period, although no evidence was adduced that sexual intercourse had occurred.

The main charge took approximately one hour. On numerous occasions during this relatively short charge, the trial judge correctly instructed the jury that the burden of proof rested upon the Crown to prove the charges beyond a reasonable doubt. It is agreed by both parties that the main charge was both correct and fair. At the conclusion of the main charge, the trial judge warned the jury of the possibility of a recharge. He asked the jury to wait ten minutes until they began their deliberations and told them that if counsels' submissions took longer than ten

qu'il soit très clair et précis que la poursuite n'a pas établi une preuve hors de tout doute raisonnable si, après avoir examiné les dépositions de l'accusé et de la plaignante ainsi que les autres éléments de preuve, il subsiste un doute. Je ne puis dire en toute confiance qu'en l'espèce l'exposé a clairement expliqué cela au jury et, en conséquence, je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY—La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l'erreur commise par le juge du procès dans son exposé supplémentaire sur la norme de preuve exigée du ministère public constitue une erreur donnant lieu à révision compte tenu des directives correctes qu'il avait données quelques minutes plus tôt dans son exposé principal.

#### Les faits

À la fin d'un procès devant juge et jury, l'appelant D. W. a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation d'agression sexuelle. Les seules dépositions orales ont été celles de l'appelant et de la plaignante. Un rapport médical a été déposé en preuve qui révélait que le type de sécrétions trouvées dans les sous-vêtements de la plaignante correspondait à celui de l'appelant, mais le juge du procès a bien indiqué au jury que cette preuve avait une valeur relative puisque 32 pour 100 de la population en général a ce type de sécrétions. De plus, on a mentionné que, dans sa déposition, la plaignante a déclaré avoir passé deux nuits avec son ami pendant la période en cause, bien qu'on n'ait pas soumis de preuve qu'il y avait eu rapports sexuels.

L'exposé principal a duré environ une heure. À plusieurs occasions pendant cet exposé assez court, le juge du procès a dit, comme il devait le faire, que le ministère public avait le fardeau de prouver les chefs d'accusation hors de tout doute raisonnable. Les deux parties reconnaissent que l'exposé principal était exact et équitable. À la fin de l'exposé principal, le juge du procès a avisé le jury de la possibilité d'un exposé supplémentaire. Il a demandé aux jurés d'attendre une dizaine de minutes avant d'entreprendre leurs délibérations, leur mentionnant que si les obser-

minutes, he would notify them so that they could continue to postpone their consideration of the case. The time period between the end of the main charge and the recharge was probably less than ten minutes since the trial judge did not send any message back to the jury.

After the jury retired, counsel for the Crown requested a recharge to deal with the issue of credibility. Specifically, he wanted the trial judge to explain what there was in the evidence that might assist the jury in making a finding on the issue of credibility. The trial judge agreed to the suggestion. As well, he reviewed the possible verdicts and the evidence in support of each.

During the recharge, which lasted only 11 minutes, the trial judge erred in that he characterized the core issue to be determined by the jury as whether they believed the complainant or whether they believed the appellant. Counsel for the appellant objected to the recharge. The trial judge responded that he did not feel that he left the jury with the impression that they must accept the appellant's evidence in order to acquit him.

#### Judgment of the Court of Appeal

The appeal was heard before the panel of Brooke, McKinlay and Griffiths J.J.A. The reasons for judgment endorsed on the record by Brooke J.A., are as follows:

The court is divided. The majority is of the view that the appeal fails must be dismissed [*sic*]. My colleagues, MacKinlay [*sic*] and Griffiths are of the opinion that while the recharge read by itself was erroneous as it omitted the third alternative, which was really the basic requirement, nevertheless read as a whole the charge clearly conveyed the basic requirement that if at the end of the evidence there was a reasonable doubt the jury must acquit. I do not agree but differ only on the effect of the recharge. Expressed as it was as the core issue it was tantamount to a direction as to when there could be a reasonable doubt and it was wrong. I would allow the appeal and direct a new trial.

ations des avocats duraient plus de dix minutes, il les ferait prévenir de retarder le début de leurs délibérations. Le temps écoulé entre la fin de l'exposé principal et l'exposé supplémentaire a probablement été inférieur à dix minutes puisque le juge du procès n'a pas fait parvenir de message au jury.

Après le départ du jury, le substitut du procureur général a demandé un exposé supplémentaire sur le sujet de la crédibilité. Plus précisément, il voulait que le juge du procès explique les éléments de preuve qui pouvaient aider le jury à arriver à une conclusion sur le sujet de la crédibilité. Le juge du procès a accédé à la demande du substitut. De plus, il a passé en revue les verdicts possibles et les éléments de preuve à l'appui de chacun de ces verdicts.

Pendant l'exposé supplémentaire, qui n'a duré que 11 minutes, le juge du procès a commis une erreur en ce qu'il a qualifié de question centrale à trancher par les jurés la question de savoir s'ils croyaient la plaignante ou s'ils croyaient l'appellant. L'avocat de l'appellant a fait objection à ce nouvel exposé. Le juge a répondu qu'il ne pensait pas avoir donné aux jurés l'impression qu'ils devaient croire le témoignage de l'appellant pour l'acquitter.

#### L'arrêt de la Cour d'appel

L'appel a été entendu par les juges Brooke, McKinlay et Griffiths. Les motifs de jugement déposés au dossier par le juge Brooke sont ainsi rédigés:

[TRADUCTION] La Cour n'est pas unanime. La majorité estime que l'appel n'est pas fondé et doit être rejeté. Mes collègues les juges McKinlay et Griffiths sont d'avis que même si l'exposé supplémentaire pris isolément comporte une erreur parce qu'il ne mentionne pas la troisième possibilité, qui est une exigence fondamentale, l'exposé pris dans son ensemble comporte clairement la condition essentielle que si, après présentation de la preuve, il subsiste un doute raisonnable, le jury doit prononcer l'acquiescement. Je ne suis pas de cet avis, mais je diffère d'avis seulement sur la portée de l'exposé supplémentaire. Exprimé comme étant la question centrale, l'exposé supplémentaire équivalait à dire à quelles conditions il pouvait y avoir un doute raisonnable et il était erroné. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Result the appeal fails and is dismissed.

### The Issue

The sole question is whether the erroneous recharge viewed in the context of the charge as a whole and the short time that elapsed between the main charge and the recharge could be said to have left the jury with any doubt that if they had a reasonable doubt they must acquit.

### The Charge

Any consideration of the directions to the jury must begin with the observation, agreed to by the appellant, that the original charge was eminently fair and error free so far as the appellant was concerned. In determining whether the jury was left in any doubt as to the application of the onus resting upon the Crown to prove the charges against the appellant beyond a reasonable doubt, the main charge and recharge must be read as a whole. See *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 701; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 356; and *R. v. MacDonald* (1989), 48 C.C.C. (3d) 230, at p. 246. It is therefore necessary to set out in some detail the portions of the main charge and recharge that contain the instructions of the trial judge on the burden of proof. For easy reference, I have identified the passages with letters. The relevant portions of the main charge are as follows:

- A. It is your duty to be guided by my explanation and my explanation only of the law to be applied. . . . It is not only your right, but your duty to make your own decision as to what is the relevant and important evidence in this case. <sup>h</sup>
- B. Having decided what evidence you accept you will consider it as a whole in arriving at your verdict. <sup>i</sup>
- C. The onus or burden of proving guilt of an accused person beyond a reasonable doubt rests upon the Crown and it never shifts. . . . The Crown must prove beyond a reasonable doubt that an accused person is guilty of the offence with which he is charged before he can be convicted. If you have a reasonable doubt as to whether the accused commit-

En conséquence, l'appel est mal fondé et il est rejeté.

### La question en litige

<sup>a</sup> La seule question est de savoir si l'erreur dans l'exposé supplémentaire, considérée dans le contexte de l'ensemble des directives, vu le court laps de temps qui s'est écoulé entre l'exposé principal et l'exposé supplémentaire, a laissé les jurés dans l'incertitude sur le fait que, s'ils avaient un doute raisonnable, ils devaient prononcer l'acquiescement. <sup>b</sup>

### L'exposé

<sup>c</sup> Avant d'examiner les directives données au jury, il faut souligner que l'exposé principal était éminemment équitable et exempt d'erreur pour ce qui concerne l'appellant, ce que ce dernier reconnaît d'emblée. Pour établir si le jury a été laissé, dans l'incertitude quant à l'application du fardeau qui incombait au ministère public de prouver les accusations hors de tout doute raisonnable contre l'appellant, il faut lire l'exposé principal et l'exposé supplémentaire comme un tout. Voir *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, à la p. 701; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 356, et *R. v. MacDonald* (1989), 48 C.C.C. (3d) 230, à la p. 246. Il est donc nécessaire de citer assez abondamment les parties de l'exposé principal et de l'exposé supplémentaire qui portent sur le fardeau de preuve. Pour faciliter les renvois, j'ai assigné une lettre à chaque passage. Les parties pertinentes de l'exposé principal sont les suivantes:

### <sup>g</sup> [TRADUCTION]

- A. Il est de votre devoir de vous laisser guider par les explications que je vous donnerai et seules ces explications du droit s'appliquent. . . . C'est non seulement votre droit, mais aussi votre devoir de décider par vous-mêmes ce qui constitue des éléments de preuve pertinents et importants dans cette affaire-ci.
- B. Après avoir déterminé quels éléments de preuve vous retenez, vous devrez les considérer dans leur ensemble pour arriver à un verdict.
- C. La charge ou le fardeau de prouver la culpabilité d'un accusé hors de tout doute raisonnable incombe à la poursuite et il ne se déplace jamais. . . . La poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction dont il est inculpé pour qu'il soit déclaré coupable. Si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a com-

ted the offence with which he is charged, it is your duty to give that accused the benefit of the doubt and to find him not guilty on such counts. Now let me say by way of assistance that proof beyond a reasonable doubt has been achieved when you as a juror feel sure of the guilt of the accused. It is that degree of proof which convinces the mind and satisfies the conscience so that you as a conscientious juror feel bound or impelled to act upon it. Conversely, when the evidence you have heard leaves you as a responsible juror with some lingering or nagging doubt with respect to the proof of some essential element of the offence with which the accused is charged so that you are unable to say to yourself that the Crown has proven the guilt of the accused beyond a reasonable doubt as I have defined those words then it is your duty to acquit the accused.

D. . . . if you believe the accused and he did not commit the offence or what he did lacks some essential element of the offence or if the evidence of the accused either standing alone or taken together with all of the other evidence leaves you in a state of reasonable doubt you must acquit him, but if upon consideration of all of the evidence, the arguments of counsel and my charge you are satisfied that the accused has been proven guilty beyond a reasonable doubt as I have defined those words to you, it is your duty to convict the accused.

E. . . . remember always that it is the duty and responsibility of the Crown to prove beyond a reasonable doubt that it was this accused who did the offence. It is not the obligation of the defendant or the accused to prove his innocence.

F. I have already explained to you that the burden is on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the offence charged was committed and that the accused committed it. . . . The Crown will not have discharged that burden of proof unless you are satisfied beyond a reasonable doubt that the only reasonable inference to be drawn from the proven facts as you find them is that the accused was the person who committed the assault. . . . Now I tell you that it is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the proof or the burden of proof on the Crown is only to prove guilt beyond a reasonable doubt and when I speak of reasonable doubt I use the words in their ordinary natural meaning, not as a legal term having some special connotation. A reasonable doubt is an honest and fair doubt based on reason and common sense. It is a real doubt, not an

mis l'infraction dont il est inculpé, il est de votre devoir d'accorder le bénéfice du doute à l'accusé et de le déclarer non coupable relativement à ces chefs d'accusation. J'ajouterai, pour vous éclairer, qu'il y a une preuve hors de tout doute raisonnable lorsque, comme jurés, vous êtes convaincus de la culpabilité de l'accusé. C'est le niveau de preuve qui convainc l'esprit et satisfait la conscience au point qu'en tant que juré consciencieux, vous vous sentez tenu ou obligé d'en tirer les conséquences. Par contre, si la preuve que vous avez entendue laisse dans votre esprit un doute persistant ou tenace sur la preuve d'un des éléments essentiels de l'infraction dont l'accusé est inculpé, de sorte que vous ne pouvez pas vous dire que la poursuite a prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable, selon la définition que j'ai donnée de ces termes, alors il est de votre devoir d'acquitter l'accusé.

D. . . . si vous croyez l'accusé et si vous croyez qu'il n'a pas commis l'infraction ou qu'il manque quelque élément essentiel de l'infraction dans ce qu'il a fait, ou si la déposition de l'accusé, soit par elle-même ou prise avec toutes les autres dépositions, vous laisse dans un état de doute raisonnable, vous devez acquitter l'accusé, mais si, compte tenu de toute la preuve, des plaidoiries des avocats et de mon exposé, vous êtes convaincus que la culpabilité de l'accusé a été prouvée hors de tout doute raisonnable, selon la définition que je vous ai donnée de ces termes, il est de votre devoir de déclarer l'accusé coupable.

E. . . . rappelez-vous toujours que la poursuite a l'obligation et le devoir de prouver hors de tout doute raisonnable que c'est l'accusé ici présent qui a commis l'infraction. L'accusé ou le défendeur n'est pas tenu de prouver son innocence.

F. Je vous ai déjà expliqué que la poursuite a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'infraction mentionnée dans l'accusation a été commise et que c'est l'accusé qui l'a commise . . . La poursuite n'aura pas réussi à remplir cette obligation de preuve si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion raisonnable qu'on puisse tirer des faits prouvés selon ce que vous en décidez, est celle que l'accusé est la personne qui a commis l'agression . . . Maintenant, je vous dis qu'il est rarement possible de prouver quelque chose de façon absolument certaine de sorte que la preuve ou le fardeau de preuve imposé à la poursuite est celui de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Quand je parle de doute raisonnable, j'emploie les mots dans leur sens naturel ordinaire, non comme une expression juridique qui

imaginary or frivolous doubt which might be conceived by an irresponsible juror to avoid his or her plain duty.

- a
- G. Now in the continuing course of this charge I shall be referring to the Crown proving or establishing something or I may refer to your making some findings or being satisfied of something and when I use those expressions or expressions of a like nature I mean in all cases prove beyond a reasonable doubt. b
- H. The onus is on the Crown to satisfy you beyond a reasonable doubt that the complainant did not consent to intercourse with the accused and I say that because in this case essentially the matter resolves itself to this issue. . . I have indicated to you that the Crown has to prove beyond a reasonable doubt all of the elements of the offence have in fact taken place as alleged in the indictment and that the accused did in fact commit the crime. c
- I. It is also conceded that there is no dispute that if the offence took place and if you find them to have taken place that you need not be troubled as to whether or not the Crown has proved beyond a reasonable doubt that they took place on the 15th and 18th of December 1987. e
- J. There are . . . no . . . eyewitnesses. . . In such a case I suggest to you that you carefully consider all of the evidence that is independent of the oral testimony of the complainant to see whether it contains evidence which you accept are facts which may support or cast doubt on the truth of the complainant's evidence that she did not consent. f
- K. It is only necessary for you and it remains your burden to determine whether or not the Crown has proved beyond a reasonable doubt that the events as complained of by the complainant and as given in evidence before you did in fact take place whether that has been proven to you beyond a reasonable doubt. If in fact you be satisfied that the Crown has not proven beyond a reasonable doubt that there are other reasonable inferences to be drawn from the circumstantial evidence which is presented and that you are left with a nagging doubt in terms of whether the events took place as alleged by the complainant then you are obliged to acquit. If, on the other hand you have been satisfied beyond a reasonable doubt as I have defined it that the complainant was indeed assaulted by the accused and I tell you g
- aurait une signification particulière. Un doute raisonnable est un doute juste et honnête fondé sur la raison et le bon sens. C'est un doute véritable, non pas un doute imaginaire ou fantaisiste qu'un juré irresponsable pourrait imaginer pour se soustraire à son devoir.
- G. Maintenant, tout au long de cet exposé, je mentionnerai que la poursuite doit faire la preuve de quelque chose ou je peux dire que vous arriverez à certaines conclusions ou que vous serez convaincus de quelque chose, et quand j'emploie ces expressions ou des expressions équivalentes, je veux dire, dans tous les cas, prouver hors de tout doute raisonnable. h
- H. Il incombe à la poursuite de vous convaincre hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'a pas consenti à avoir des rapports sexuels avec l'accusé et je le dis parce qu'en l'espèce, l'affaire dépend essentiellement de cette question . . . Je vous ai dit que la poursuite a l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable que tous les éléments de l'infraction ont vraiment eu lieu comme on le dit dans l'acte d'accusation et que l'accusé a de fait commis l'infraction. i
- I. Il est aussi admis que personne ne conteste que si l'infraction a eu lieu et si vous concluez qu'elle a eu lieu, vous n'avez pas à vous demander si la poursuite a prouvé hors de tout doute raisonnable qu'elles ont eu lieu le 15 et le 18 décembre 1987. j
- J. Il n'y a pas . . . de témoin oculaire . . . Dans un tel cas, je vous conseille d'examiner soigneusement tous les éléments de preuve qui n'ont pas de lien avec la déposition de la plaignante pour voir s'ils comportent des éléments que vous reconnaissez comme des faits qui étayent ou mettent en doute la véracité de la déposition de la plaignante qu'elle n'a pas donné son consentement.
- K. Il vous incombe et il vous suffit de décider si la poursuite a prouvé ou non hors de tout doute raisonnable que les événements dont la plaignante a fait état et soumis en preuve devant vous se sont vraiment produits et s'ils vous ont été prouvés hors de tout doute raisonnable. Si vous êtes convaincus que la poursuite n'a pas établi une preuve hors de tout doute raisonnable, qu'il y a d'autres conclusions à tirer de la preuve indirecte qui a été présentée et qu'il vous reste un doute persistant à savoir si les événements se sont produits comme l'a soutenu la plaignante, alors vous devez prononcer l'acquittement. Si, d'autre part, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable, comme je l'ai défini, que l'accusé a commis une agression contre la plaignante et si vous concluez que l'agression a eu lieu,



that if you find that the assault took place you will have no difficulty in law that it was a sexual assault as I have defined it, then in fact you must find the accused guilty as charged.

- L. If then at the end of the day the Crown has not satisfied you beyond a reasonable doubt that the complainant did not consent to the acts of the accused and that the accused in fact had intercourse with the complainant without her consent then the Crown has failed to prove that the accused sexually assaulted the complainant and you must find the accused not guilty.
- M. This then is the end of my charge to you and I would like to conclude by dealing with your duties as jurors in the jury room. When you go to your jury room it is your duty to consult with one another and to deliberate with a view to reaching a just verdict based on the evidence that you have heard and seen. Your verdict will be based, as I have stated earlier on the facts as you find them and on the law as I have explained it to you.
- N. After you retire I will be discussing my charge with counsel and they may have some matters which they wish corrected or some matters which they wish me to give you further instruction. This is perfectly proper as it is quite possible that I may have made some error or overlooked something. If I call you back to deal with such matters I ask you not to have any special or give any special emphasis to what I say to you on that occasion, but rather that you regard it as additional instruction that I might have given to you just now had I in fact considered it worth mentioning. To this end I would ask that you give me ten minutes before you start your actual deliberation. . . . If in fact it will take longer than that, I will send advice to you not to commence your deliberations because I am going to be calling you back.

. . .

Now if there is anything about which you are not clear, I will be available to you to answer your questions.

The error in the recharge is as follows:

- O. . . that leads me to the second area which I wish to perhaps offer some further assistance to you and that is in determining the credibility to be given to the

vous n'aurez pas de difficulté en droit à conclure qu'il s'agit d'une agression sexuelle, telle que je l'ai définie, alors vous devrez déclarer l'accusé coupable des chefs d'accusation portés.

- a L. Si, en fin de compte, la poursuite ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'a pas consenti aux actes de l'accusé et que l'accusé a effectivement eu des rapports sexuels avec la plaignante sans son consentement, alors la poursuite n'a pas réussi à prouver que l'accusé a commis une agression sexuelle sur la plaignante et vous devez acquitter l'accusé.
- b
- c M. Voici la fin de mon exposé et je voudrais terminer en vous parlant de vos obligations de jurés dans la salle de délibérations. Quand vous vous retirez dans la salle de délibérations, vous avez le devoir de vous consulter et de délibérer afin d'arriver à un verdict juste fondé sur la preuve que vous avez vue et entendue. Comme je vous l'ai dit plus tôt, votre verdict se fondera sur les faits que vous aurez constatés et sur le droit comme je vous l'ai expliqué.
- d N. Quand vous vous serez retirés pour délibérer, j'examinerai mon exposé avec les avocats et il se peut qu'il y ait des sujets qu'ils souhaitent me voir corriger ou encore des sujets à propos desquels ils souhaitent que je vous donne des directives supplémentaires. La chose est tout à fait normale puisqu'il est possible que j'aie fait des erreurs ou oublié quelque chose. Si je vous rappelle pour traiter de ces questions, je vous demande de ne pas accorder une importance spéciale à ce que je vous dirai alors, mais plutôt de considérer cela comme des directives additionnelles que j'aurais pu vous donner auparavant si j'avais jugé utile de le faire. Pour ce faire, je vous demanderai de m'accorder une dizaine de minutes avant de commencer vos délibérations. S'il faut plus que cela, je vous ferai aviser de ne pas commencer vos délibérations parce que je devrai vous rappeler.

. . .

Maintenant, s'il y a quelque chose que vous ne comprenez pas bien, je suis prêt à répondre à vos questions.

- i L'erreur que comporte l'exposé supplémentaire est la suivante:

[TRADUCTION]

- j O. . . ceci m'amène au deuxième sujet à propos duquel je veux essayer de vous éclairer davantage et c'est celui de déterminer la crédibilité à accorder aux

evidence by each of the witnesses and in particular the evidence of the complainant versus the evidence of the accused because in this instance is very fundamental to this trial and that is the very heart in effect is who you are going to believe. . . .

- P. At the end of the day the core issue to be determined by yourselves is whether you believe the complainant or whether you believe the accused. If in fact you believe the accused then clearly nothing took place and in fact the Crown will have failed to prove beyond a reasonable doubt that he is guilty as charged. On the other hand if you in fact believe the complainant totally, then he is guilty as charged.
- Q. Once again, with my thanks, I will ask you to retire mindful of all of those duties that I have indicated are yours and ask you to pick your foreperson and then to proceed.

It is clear that the trial judge erred in his recharge. It is incorrect to instruct a jury in a criminal case that, in order to render a verdict, they must decide whether they believe the defence evidence or the Crown's evidence. Putting this either/or proposition to the jury excludes the third alternative; namely, that the jury, without believing the accused, after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole, may still have a reasonable doubt as to his guilt.

In a case where credibility is important, the trial judge must instruct the jury that the rule of reasonable doubt applies to that issue. The trial judge should instruct the jury that they need not firmly believe or disbelieve any witness or set of witnesses. Specifically, the trial judge is required to instruct the jury that they must acquit the accused in two situations. First, if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole. See *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), approved in *R. v. Morin, supra*, at p. 357.

Ideally, appropriate instructions on the issue of credibility should be given, not only during the main charge, but on any recharge. A trial judge might well

dépositions de chacun des témoins et plus précisément à la déposition de la plaignante par rapport à celle de l'accusé parce qu'en l'espèce la chose absolument fondamentale à ce procès et vraiment déterminante dépend de qui vous allez croire . . .

- P. En fin de compte, la question centrale que vous avez à décider c'est si vous allez croire la plaignante ou si vous allez croire l'accusé. Si vous croyez l'accusé, alors il ne s'est rien produit et la poursuite n'a pas réussi à prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable des actes reprochés. D'autre part, si vous croyez la plaignante complètement, alors il est coupable des actes reprochés.
- Q. Encore une fois, je vous remercie et je vous demande d'aller délibérer en vous rappelant les devoirs dont je vous ai parlé et en vous demandant de désigner un chef et de délibérer.

Il est manifeste que le juge du procès a commis une erreur dans son exposé supplémentaire. Il est incorrect d'indiquer aux jurés, dans une affaire criminelle que, pour arriver à un verdict, ils doivent décider s'ils ajoutent foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite. Énoncer cette alternative aux jurés écarte une troisième option possible, celle que les jurés, sans croire l'accusé et après avoir tenu compte de la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve, puissent encore avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Dans une affaire où la crédibilité est importante, le juge du procès doit dire au jury que la règle du doute raisonnable s'applique à cette question. Le juge doit dire aux jurés qu'il n'est pas nécessaire qu'ils ajoutent fermement foi à la déposition de l'un ou l'autre témoin ou qu'ils rejettent entièrement cette déposition. Plus précisément, le juge doit dire aux jurés qu'ils sont tenus d'acquitter l'accusé dans deux cas. Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve. Voir *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), confirmé par *R. c. Morin*, précité, à la p. 357.

Idéalement, il faudrait donner des directives adéquates sur le sujet de la crédibilité non seulement dans l'exposé principal mais dans tout exposé supplé-

instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, <sup>a</sup> obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit. <sup>b</sup>

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused. <sup>c</sup>

If that formula were followed, the oft repeated error which appears in the recharge in this case would be avoided. The requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is fundamental in our system of criminal law. Every effort should be made to avoid mistakes in charging the jury on this basic principle. <sup>d</sup>

Nonetheless, the failure to use such language is not fatal if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply: *R. v. Thatcher, supra*. <sup>e</sup>

Where an error is made in the instruction on the burden of proof, the fact that the trial judge correctly instructed on that issue elsewhere in the charge is a strong indication that the jury were not left in doubt as to the burden resting on the Crown. The following passage from the case of *R. v. Roberts* (1975), 24 C.C.C. (2d) 539 (B.C.C.A.), at p. 550, aptly summarizes this principle: <sup>f</sup>

... the appellant argued that the ... trial Judge misdirected the jury in charging that to support the appellant's defences they must "accept his evidence as truthful" rather than charging that the jury could find that his evidence might reasonably be true or that the jury could have reasonable doubt as to his guilt. It was acknowledged by counsel for the appellant that the ... trial

mentaire. Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant:

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement. <sup>a</sup>

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement. <sup>b</sup>

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé. <sup>c</sup>

Si on utilisait cette formule, on éviterait l'erreur qu'on trouve trop souvent dans les exposés supplémentaires. L'obligation du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est fondamentale dans notre système de droit criminel. Il faudrait prendre tous les moyens possibles pour éviter de commettre des erreurs dans les directives au jury sur ce principe fondamental. <sup>d</sup>

Néanmoins, l'omission de se servir de ce modèle n'est pas fatale si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent; *R. c. Thatcher*, précité. <sup>e</sup>

Quand il y a une erreur dans une directive concernant le fardeau de preuve, le fait que le juge du procès a donné des directives correctes sur cette question ailleurs dans son exposé, est une forte indication que le jury n'a pas été laissé dans le doute au sujet du fardeau de preuve qui incombe au ministère public. Le passage suivant de l'arrêt *R. v. Roberts* (1975), 24 C.C.C. (2d) 539 (C.A.C.-B.), à la p. 550 résume bien ce principe: <sup>f</sup>

[TRADUCTION] ... l'appellant a soutenu que ... le juge du procès avait donné des directives erronées au jury en lui disant que pour faire droit aux moyens de défense de l'appellant les jurés devaient «tenir sa déposition pour vraie» plutôt que de leur dire qu'ils pouvaient trouver sa déposition raisonnablement vraie ou qu'ils pouvaient avoir un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité. <sup>g</sup>

Judge had earlier in his charge to the jury clearly and accurately directed the jury generally on the matter of reasonable doubt, but, in the passage particularly impugned, counsel maintains the trial Judge should have added "beyond a reasonable doubt". The comment . . . of Chief Justice Cartwright . . . in *R. v. Trinneer* . . . is appropriately applicable (at p. 295): "It is not incumbent on a trial Judge to repeat again and again a rule of law which he has put before the jury clearly and accurately."

In the case at bar, upon reading the charge as a whole I find that the jury was clearly instructed that if they had a reasonable doubt as to the guilt of the appellant, they must acquit. I have reached this conclusion for the following reasons.

First, although the trial judge erred in his recharge, he did give proper directions on the issue of credibility in his main charge at paragraphs B, C and D.

Second, in paragraph G, he reminded the jury that whenever he referred to the Crown proving something or the jury being satisfied of something, he was referring to proof or being satisfied beyond a reasonable doubt.

Third, the trial judge repeated the instruction on the reasonable doubt standard on other occasions throughout the main charge. See paragraphs E, F, H, I, J, K, and L. Thus, in a relatively short charge the burden of proof resting on the Crown was put forward on numerous occasions.

Fourth, there was a very short delay between the one-hour long correctly given main charge and the 11-minute recharge. The time that elapsed between the end of the main charge and the beginning of the recharge could not have been more than ten minutes.

Fifth, the recharge was not the result of a question from the jury. When a jury submits a question, it gives a clear indication of the problem the jury is having with a case. Those questions merit a full, care-

L'avocat de l'appelant a reconnu que le juge du procès avait, plus tôt dans son exposé, clairement instruit le jury au sujet du doute raisonnable, mais l'avocat a affirmé que, dans ce passage particulier qui était contesté, le juge aurait dû ajouter «hors de tout doute raisonnable». Les observations . . . du juge en chef Cartwright . . . dans l'arrêt *R. c. Trinneer* . . . [1970] R.C.S. [à la p. 647] s'appliquent bien à l'espèce. «Il n'incombe pas à un Juge de première instance de répéter maintes et maintes fois une règle de droit qu'il a énoncée au jury d'une façon claire et précise».

En l'espèce, considérant l'ensemble de l'exposé, je conclus qu'il a été dit clairement aux jurés que s'ils avaient un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, ils devaient prononcer l'acquittement. Je suis arrivé à cette conclusion pour les motifs suivants.

Premièrement, bien qu'il ait commis une erreur dans son exposé supplémentaire, le juge du procès a donné des directives appropriées au sujet de la crédibilité dans les alinéas B, C et D de son exposé principal.

Deuxièmement, dans l'alinéa G, il a rappelé aux jurés que toutes les fois qu'il mentionnait que le ministère public devait prouver quelque chose, ou que les jurés devaient être convaincus de quelque chose, il voulait dire une preuve ou une conviction hors de tout doute raisonnable.

Troisièmement, le juge du procès a répété les directives au sujet de la norme du doute raisonnable à plusieurs reprises dans son exposé principal. Voir les alinéas E, F, H, I, J, K et L. Donc, dans un exposé assez court, il a été fait mention à plusieurs reprises du fardeau de preuve qui incombe au ministère public.

Quatrièmement, il s'est écoulé très peu de temps entre l'exposé principal qui a duré environ une heure et l'exposé supplémentaire qui a duré 11 minutes. L'intervalle entre la fin de l'exposé principal et le début de l'exposé supplémentaire ne peut avoir été de plus de dix minutes.

Cinquièmement, l'exposé supplémentaire n'a pas résulté d'une question posée par le jury. Lorsque le jury pose une question, ce fait indique manifestement que les jurés éprouvent des difficultés avec le cas.

ful and correct response. As well, the answer should remind the jury of its instructions given in the course of the main charge. See *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 93, where it was said:

Questions from a jury manifest their concern and indicate their desire for direction on a particular issue. The trial judge should read the question to counsel and obtain their submissions as to the response that should be made. It is then incumbent on the trial judge to answer the question in a complete and reasonably detailed manner. It is unfair to the parties and the jury to attempt a short form answer to a problem that is obviously presenting difficulties. The definitions requested had been adequately set out early in the charge. However, memories are short and much had intervened in the way of directions and recharges before the question was submitted. The original instructions should have been repeated in the response.

If the error had occurred in the course of a response to a question from the jury or if the recharge had been given some hours after the main charge, a new trial would have to be ordered. However, in the case at bar, the jury had not yet begun its deliberations and the main charge, correctly and fairly given, had been completed just a few minutes earlier. The correct instructions as to the burden of proof must have been fresh in the minds of the jury at the time of the recharge.

Sixth, the trial judge warned the jury not to give any special emphasis to the recharge (paragraph N). More importantly, at the very end of the recharge, the trial judge asked the jury to retire "mindful of all of those duties that I have indicated are yours" (paragraph Q). At several points during the main charge, the trial judge had told the jury that it was their "duty" to determine whether the Crown had proved the offence beyond a reasonable doubt (paragraphs A, C, D, K and M). Thus, at the end of the recharge, the trial judge reminded the jury of their duty to apply the reasonable doubt standard, so repeatedly explained and emphasized throughout the main charge.

Seventh, it would be an insult to the intelligence of the members of this jury to conclude after the exten-

Ces questions appellent une réponse soignée et correcte. De plus, cette réponse devrait rappeler aux jurés les directives données dans l'exposé principal. Voir *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), à la p. 93 où l'on dit:

[TRADUCTION] Les questions posées par les jurés reflètent leurs préoccupations et leur volonté d'obtenir des directives sur un point particulier. Le juge du procès devrait lire la question aux avocats et entendre leurs observations quant à la réponse donnée. Il revient au juge du procès de répondre à la question de façon complète et raisonnablement détaillée. Il est injuste pour les parties et le jury de chercher à donner une réponse brève à un problème qui manifestement soulève des difficultés. Les définitions demandées avaient été adéquatement énoncées plus tôt dans l'exposé. Cependant, les gens ont tendance à oublier et il s'était produit beaucoup de choses entre l'exposé principal et l'exposé supplémentaire avant que la question soit posée. Les directives originales auraient dû être répétées dans la réponse.

Si l'erreur avait été faite dans une réponse donnée à une question posée par le jury ou si l'exposé supplémentaire avait été donné quelques heures après l'exposé principal, il faudrait ordonner un nouveau procès. Cependant, en l'espèce, le jury n'avait pas commencé à délibérer et l'exposé principal, qui était correct et équitable, venait de prendre fin quelques minutes plus tôt. Les jurés devaient avoir fraîches à la mémoire les directives correctes sur le fardeau de la preuve au moment de l'exposé supplémentaire.

Sixièmement, le juge du procès a dit aux jurés de ne pas accorder d'importance spéciale à l'exposé supplémentaire (alinéa N). Ce qui est plus important, à la toute fin de l'exposé supplémentaire, le juge du procès a demandé aux jurés d'aller délibérer «en [se] rappelant les devoirs dont [il leur avait] parlé» (alinéa Q). À plusieurs reprises pendant l'exposé principal, le juge avait mentionné aux jurés qu'ils avaient le «devoir» de décider si la poursuite avait fait la preuve de l'infraction hors de tout doute raisonnable (alinéas A, C, D, K et M). Ainsi, à la fin de l'exposé supplémentaire, le juge du procès a rappelé aux jurés leur devoir d'appliquer la norme du doute raisonnable qu'il avait expliquée et soulignée à plusieurs reprises au cours de l'exposé principal.

Septièmement, ce serait faire insulte à l'intelligence des jurés de conclure qu'après des directives

sive, repeated and thorough instruction on the burden of proof given in the main charge, coupled with the warning given not to give special emphasis to the recharge and the reminder of their "duties" previously set out, that the error made in the recharge led the jury to believe that they could only acquit if they believed the accused. Today's jurors are intelligent and conscientious, anxious to perform their duties as jurors in the best possible manner. They are not likely to be forgetful of instructions. The following passage from *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), at p. 279, approved in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 695, is apposite:

I feel that it is quite possible, as has been done in many cases in the past, to explain clearly to the jury, in such a way that they will govern themselves in accordance with the directions of the Judge, that the confession of one accused in a joint trial is not evidence against his co-accused. The danger of a miscarriage of justice clearly exists and must be taken into account but, on the other hand, I do not feel that, in deciding a question of this kind, one must proceed on the assumption that jurors are morons, completely devoid of intelligence and totally incapable of understanding a rule of evidence of this type or of acting in accordance with it. If such were the case there would be no justification at all for the existence of juries. . . . [Emphasis added.]

### Disposition

The main charge was correct and fair. The recharge given within ten minutes of the main charge reminded the jury of the duties imposed upon them in the main charge. In all the circumstances of this case, despite the error in the recharge, the charge read as a whole adequately instructed the jury that if they had a reasonable doubt as to the guilt of the accused, they must acquit. In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I agree with the conclusion of Sopinka J. and Brooke J.A., in the Court of

élaborées, complètes et répétées sur le fardeau de preuve données dans l'exposé principal, auxquelles s'ajoutent l'avertissement de ne pas accorder d'importance spéciale à l'exposé supplémentaire et le rappel de leurs devoirs déjà mentionnés, que l'erreur commise dans l'exposé supplémentaire a amené les jurés à croire qu'ils ne pouvaient acquitter l'accusé que s'ils ajoutaient foi à son témoignage. De nos jours, les jurés sont intelligents et consciencieux et ils veulent remplir leur devoir de jurés du mieux qu'ils peuvent. Ils sont peu susceptibles d'oublier des directives. Le passage suivant de l'arrêt *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.), à la p. 279, approuvé dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 695 convient très bien:

[TRADUCTION] À mon sens, il est tout à fait possible, comme on l'a souvent fait dans le passé, d'expliquer clairement aux jurés, de telle manière qu'ils agissent en conformité avec les directives du juge, que la confession d'un des accusés dans un procès conjoint n'est pas un élément de preuve pouvant être retenu contre un coaccusé. Il y a évidemment un danger réel de déni de justice, ce qui doit être pris en considération mais, d'un autre côté, je ne crois pas qu'en tranchant une question de ce genre, on doit supposer que les jurés sont des crétins, tout à fait dénués d'intelligence et totalement incapables de comprendre une règle de preuve de ce type ou de la suivre. S'il en était ainsi, les jurys n'auraient aucune raison d'être . . . [Je souligne.]

### Dispositif

L'exposé principal était correct et équitable. L'exposé supplémentaire donné moins de dix minutes après l'exposé principal rappelait aux jurés les devoirs dont l'exposé principal avait fait état. Vu les circonstances de l'espèce, malgré l'erreur dans l'exposé supplémentaire, l'ensemble de l'exposé a bien indiqué aux jurés que, s'ils avaient un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, ils devaient l'acquitter. En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Je souscris à la conclusion du juge Sopinka et du juge Brooke de

Appeal, that the error in the charge may have misled the jury. I would allow the appeal.

*Appeal dismissed, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. a*  
*dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Carter, McCombs &*  
*Minden, Toronto.*

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

la Cour d'appel, que l'erreur faite dans l'exposé a pu induire le jury en erreur. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, les juges SOPINKA et MCLACHLIN*  
*sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Carter, McCombs &*  
*Minden, Toronto.*

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

**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Lettermail**

**Poste-lettre**

**K1A 0S9  
OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9





**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 5, 1991 Vol. 1**

**5<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 1**

**Cited as [1991] 1 S.C.R. 763-932**

**Renvoi [1991] 1 R.C.S. 763-932**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

---

## CONTENTS

**Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd. .... 779**

Maritime law — Jurisdiction — Federal Court — Parties entering into contract for supply of product to be imported by ship — Broker later bringing action for demurrage, delivery of excess cargo and cost of renting shore cranes — Whether claims within Federal Court's jurisdiction over Canadian maritime law — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22.

Courts — Jurisdiction — Federal Court — Maritime law — Parties entering into contract for supply of product to be imported by ship — Broker later bringing action for demurrage, delivery of excess cargo and cost of renting shore cranes — Whether claims within Federal Court's jurisdiction over Canadian maritime law — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22.

**R. v. C. (M.H.) ..... 763**

Criminal law — Charge to jury — Indecent assault — Credibility — Complainant's testimony at variance with dates in indictment — Recharge possibly leaving impression that dis-

*Continued on next page*

---

## SOMMAIRE

**États-Unis c. Allard ..... 861**

Extradition — Traité — Crime donnant lieu à l'extradition — Détournement d'avion qui aurait été commis dans un pays étranger — Le détournement d'avion n'était ni un crime donnant lieu à l'extradition en vertu des traités conclus avec le pays étranger ni un crime au Canada à l'époque où il aurait été commis — Le détournement d'avion a été ajouté à l'annexe des crimes donnant lieu à l'extradition dans un traité subséquent — Le traité subséquent s'applique-t-il à ce crime? — Le traité s'applique-t-il à un crime qui n'existait pas dans la législation canadienne au moment où il a été commis? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 12, 34 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 18(2), annexe.

**Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd. .... 779**

Droit maritime — Compétence — Cour fédérale — Conclusion par les parties d'un contrat pour la fourniture d'un produit devant être importé à bord d'un navire — Le courtier intente

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

crepancies as to dates unimportant on issue of credibility — Similar act evidence introduced supporting allegations — Whether the jury was properly charged regarding the evidence as to when the offence may have occurred — Whether similar act evidence admissible.

Criminal law — Admissibility — Similar act evidence — Indecent assault — Credibility — Similar act evidence introduced supporting allegations — Whether similar act evidence admissible.

Criminal law — Evidence — Duty to disclose — Introduction as fresh evidence on appeal — Witness and her statement suggesting previous inconsistent statement by complainant not disclosed to defence — Application to introduce statement as fresh evidence on the appeal rejected — Whether the Crown had a duty to disclose statement to the defence — Whether application to introduce statement as fresh evidence on appeal should have been rejected.

### **R. v. Chiarantano** ..... 906

Evidence — Police informer — Whether identity of police informer should be disclosed.

### **R. v. Cole** ..... 904

Criminal law — Allegation that trial judge not impartial — Trial judge asking questions of appellant — A properly instructed jury acting judicially could have convicted — Section 686(1)(a)(i) properly applied by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

### **R. v. Corbeil** ..... 830

Criminal law — Keeping common bawdy-house — Elements of offence — Accused participating in illicit activities of common bawdy-house — Whether element of care and management of premises required for conviction of accused for keeping common bawdy-house — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210(1), (2).

### **R. v. Evans** ..... 869

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be advised of reason for detention — Right to counsel — Accused not understanding right — Police initially investigating drug offence — Investigation changing to murder investigation — Accused initially waived right to counsel — Accused not formally informed of change of nature of investigation — Accused not informed of right to counsel when nature of investigation changed — Incriminating statements made during investigation — Whether or not infringement of accused's right to be informed of reason for detention — Whether or not infringement of accused's right to counsel — Whether or not statements should be excluded for bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), (b), 24(2).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

par la suite une action pour le paiement de surestaries, pour le paiement de l'excédent de cargaison livré et pour le paiement du coût de location des grues de quai — Les demandes relèvent-elles de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 22.

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Droit maritime — Conclusion par les parties d'un contrat pour la fourniture d'un produit devant être importé à bord d'un navire — Le courtier intente par la suite une action pour le paiement de surestaries, pour le paiement de l'excédent de cargaison livré et pour le paiement du coût de location des grues de quai — Les demandes relèvent-elles de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 22.

### **R. c. C. (M.H.)** ..... 763

Droit criminel — Exposé au jury — Attentat aux mœurs — Crédibilité — Témoignage de la plaignante ne concordant pas avec les dates mentionnées dans l'acte d'accusation — Exposé supplémentaire laissant peut-être l'impression que les divergences quant aux dates n'ont pas d'importance à l'égard de la question de la crédibilité — Preuve d'actes similaires présentée à l'appui des allégations — Le jury a-t-il reçu des directives appropriées concernant la preuve du moment où l'infraction a pu être commise? — La preuve d'actes similaires est-elle recevable?

Droit criminel — Recevabilité — Preuve d'actes similaires — Attentat aux mœurs — Crédibilité — Preuve d'actes similaires présentée à l'appui des allégations — La preuve d'actes similaires est-elle recevable?

Droit criminel — Preuve — Obligation de divulguer — Présentation à titre de nouvelle preuve en appel — Non-divulgaration à la défense de l'existence d'un témoin et de sa déclaration laissant entendre que la plaignante a fait une déclaration antérieure incompatible — Rejet de la demande visant à la présentation de la déclaration à titre de nouvelle preuve — Le ministère public était-il tenu de divulguer la déclaration à la défense? — La demande visant à la présentation de la déclaration à titre de nouvelle preuve en appel aurait-elle dû être rejetée?

### **R. c. Chiarantano** ..... 906

Preuve — Indicateur de police — L'identité de l'indicateur de police devrait-elle être dévoilée?

### **R. c. Cole** ..... 904

Droit criminel — Allégation selon laquelle le juge du procès n'était pas impartial — Le juge du procès a posé des questions à l'appelant — Un jury bien instruit en droit, agissant judiciairement, pouvait inscrire un verdict de culpabilité — La Cour d'appel a correctement appliqué l'art. 686(1)a)(i) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Evidence — Admissibility — Charter of Rights — Right to be advised of reason for detention — Right to counsel — Accused not understanding right — Police initially investigating drug offence — Investigation changing to murder investigation — Accused initially waived right to counsel — Accused not formally informed of change of nature of investigation — Accused not informed of right to counsel when nature of investigation changed — Incriminating statements made during investigation — Whether or not infringement of accused's right to be informed of reason for detention — Whether or not infringement of accused's right to counsel — Whether or not statements should be excluded for bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), (b), 24(2).

### **R. v. Fisher** ..... 902

Criminal law — Defences — Charge of first degree murder — Whether trial judge erred in not adequately placing defence's theory to jury.

### **R. v. S. (P.L.)**..... 909

Criminal law — Sexual assault — Interpretation of what constitutes offence — Accused convicted of seven counts of sexual assault — Trial judge erring by considering cumulative effect of evidence on each count — Court of Appeal overturning convictions — Whether Court of Appeal misinterpreted *Chase* decision — Whether convictions can be restored despite trial judge's error — Whether new trial should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).

Criminal law — Appeal — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of seven counts of sexual assault — Trial judge erring by considering cumulative effect of evidence on each count — Court of Appeal misinterpreting *Chase* decision and overturning convictions — Whether convictions can be restored despite trial judge's error — Whether new trial should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).

### **Société nationale de fiducie v. Quebec (Deputy Minister of Revenue)** ..... 907

Taxation — Trustee — Trustee realizing on security provided for in trust deed without notifying Ministère du Revenu — Notice of assessment sent to trustee — Whether trustee appointed pursuant to Special Corporate Powers Act one of the persons provided for in s. 14 of the Act respecting the Ministère du Revenu — Special Corporate Powers Act, R.S.Q., c. P-16 — Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 14.

### **United States v. Allard**..... 861

Extradition — Treaty — Extradition crime — Plane hijacking allegedly committed in foreign country — Hijacking not extra-

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Corbeil**..... 830

Droit criminel — Tenue d'une maison de débauche — Éléments de l'infraction — Participation de l'accusée aux activités illicites d'une maison de débauche — Un élément de soin et d'administration des lieux est-il nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité de tenue d'une maison de débauche? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 197(1), 210(1), (2).

### **R. c. Evans**..... 869

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé du motif de sa détention — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé ne comprenant pas ses droits — Enquête de police portant initialement sur une infraction relative à de la drogue — Changement de l'enquête en une enquête pour meurtre — Accusé ayant d'abord renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé n'ayant pas été formellement avisé du changement de nature de l'enquête — Accusé n'ayant pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat quand la nature de l'enquête a changé — Déclarations incriminantes faites pendant l'enquête — Le droit de l'accusé d'être informé du motif de sa détention a-t-il été violé? — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? — Les déclarations devraient-elles être écartées parce que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), b), 24(2).

Preuve — Recevabilité — Charte des droits — Droit d'être informé du motif de sa détention — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé ne comprenant pas ses droits — Enquête de police portant initialement sur une infraction relative à de la drogue — Changement de l'enquête en une enquête pour meurtre — Accusé ayant d'abord renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé n'ayant pas été formellement avisé du changement de nature de l'enquête — Accusé n'ayant pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat quand la nature de l'enquête a changé — Déclarations incriminantes faites pendant l'enquête — Le droit de l'accusé d'être informé du motif de sa détention a-t-il été violé? — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? — Les déclarations devraient-elles être écartées parce que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), b), 24(2).

### **R. c. Fisher** ..... 902

Droit criminel — Moyens de défense — Accusation de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il fait une erreur en ne présentant pas adéquatement la théorie de la défense jury?

### **R. c. S. (P.L.)**..... 909

Droit criminel — Agression sexuelle — Interprétation de ce qui constitue l'infraction — L'accusé a été reconnu coupable quant à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle — Le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cu-

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

dition crime under treaties with foreign country or a crime in Canada at time allegedly committed — Hijacking included in schedule of extradition crimes in subsequent treaty — Whether subsequent treaty applies to crime — Whether treaty applies to crime which did not exist under Canadian law when it was committed — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 12, 34 — Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, art. 18(2), Schedule.

## SOMMAIRE (Fin)

mulatif des témoignages relativement à chaque chef d'accusation — La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle mal interprété l'arrêt *Chase*? — Les déclarations de culpabilité peuvent-elles être rétablies malgré l'erreur du juge du procès? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i), (ii), b)(ii), (iii), (2).

Droit criminel — Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — L'accusé a été reconnu coupable quant à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle — Le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages relativement à chaque chef d'accusation — La Cour d'appel a mal interprété l'arrêt *Chase* et a annulé les déclarations de culpabilité — Les déclarations de culpabilité peuvent-elles être rétablies malgré l'erreur du juge du procès? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i), (ii), b)(ii), (iii), (2).

**Société nationale de fiducie c. Québec (Sous-ministre du Revenu) ..... 907**

Droit fiscal — Fiduciaire — Réalisation des garanties prévues à l'acte de fiducie sans en aviser le ministère du Revenu — Avis de cotisation envoyé au fiduciaire — Un fiduciaire nommé en vertu de la Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations est-il l'une des personnes visées par l'art. 14 de la Loi sur le ministère du Revenu? — Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations, L.R.Q., ch. P-16 — Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 14.

**M.H.C. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. C. (M.H.)

File No.: 21302.

1991: January 22; 1991: April 18.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Charge to jury — Indecent assault — Credibility — Complainant's testimony at variance with dates in indictment — Recharge possibly leaving impression that discrepancies as to dates unimportant on issue of credibility — Similar act evidence introduced supporting allegations — Whether the jury was properly charged regarding the evidence as to when the offence may have occurred — Whether similar act evidence admissible.*

*Criminal law — Admissibility — Similar act evidence — Indecent assault — Credibility — Similar act evidence introduced supporting allegations — Whether similar act evidence admissible.*

*Criminal law — Evidence — Duty to disclose — Introduction as fresh evidence on appeal — Witness and her statement suggesting previous inconsistent statement by complainant not disclosed to defence — Application to introduce statement as fresh evidence on the appeal rejected — Whether the Crown had a duty to disclose statement to the defence — Whether application to introduce statement as fresh evidence on appeal should have been rejected.*

Appellant was convicted by a jury of indecent assault of his ex-wife and sexual assault of the daughter of his subsequent common law wife. The Court of Appeal upheld the convictions subject to substituting a conviction of gross indecency for the conviction for indecent assault.

**M.H.C. Appellant**

c.

**<sup>a</sup> Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. C. (M.H.)

N° du greffe: 21302.

<sup>b</sup> 1991: 22 janvier; 1991: 18 avril.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Exposé au jury — Attentat aux mœurs — Crédibilité — Témoignage de la plaignante ne concordant pas avec les dates mentionnées dans l'acte d'accusation — Exposé supplémentaire laissant peut-être l'impression que les divergences quant aux dates n'ont pas d'importance à l'égard de la question de la crédibilité — Preuve d'actes similaires présentée à l'appui des allégations — Le jury a-t-il reçu des directives appropriées concernant la preuve du moment où l'infraction a pu être commise? — La preuve d'actes similaires est-elle recevable?*

*Droit criminel — Recevabilité — Preuve d'actes similaires — Attentat aux mœurs — Crédibilité — Preuve d'actes similaires présentée à l'appui des allégations — La preuve d'actes similaires est-elle recevable?*

*Droit criminel — Preuve — Obligation de divulguer — Présentation à titre de nouvelle preuve en appel — Non-divulgarion à la défense de l'existence d'un témoin et de sa déclaration laissant entendre que la plaignante a fait une déclaration antérieure incompatible — Rejet de la demande visant à la présentation de la déclaration à titre de nouvelle preuve — Le ministère public était-il tenu de divulguer la déclaration à la défense? — La demande visant à la présentation de la déclaration à titre de nouvelle preuve en appel aurait-elle dû être rejetée?*

<sup>i</sup> Un jury a reconnu l'appelant coupable d'attentat aux mœurs contre la personne de son ex-épouse et d'agression sexuelle sur la personne de la fille de sa conjointe de fait subséquente. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité sous réserve de la substitution d'une déclaration de culpabilité de grossière indécence à la déclaration de culpabilité d'attentat aux mœurs.

The trial for indecent assault took place over ten years after the alleged events. The complainant alleged that the appellant had forced her to have sexual intercourse with a dog and her evidence was the only direct evidence against him. The appellant denied the allegations. The complainant's credibility and the evidence of similar acts accordingly assumed considerable importance. The complainant's testimony, however, was somewhat at variance with the dates in the indictment and suggested uncertainty regarding the dates that was perhaps relevant to her credibility.

The trial judge recognized an error in his initial charge, in that he had told the jury that the Crown must establish that the offences had occurred within the time period set out in the indictment, and attempted to correct it. The correction, however, created problems in that it may have conveyed the impression that uncertainty regarding the complainant's evidence as to the time of the offences and the fact that they must have occurred within a very limited time frame were immaterial.

Appellant's subsequent common law spouse testified as to the appellant's sexual requests and fantasies, among them a request that she have sex with a dog, as evidence of his peculiar sexual predilections. No objection was raised to the admission of this evidence and it was admitted without reference to the rules of evidence governing character and similar act evidence.

A statement by a former school teacher of the complainant in the sexual assault charge was received after the preliminary inquiry but was not disclosed to the defence. The statement related that the complainant, notwithstanding a very good student-teacher relationship, denied everything when asked. The defence discovered the statement only after the trial.

At issue in relation to the conviction for indecent assault (reduced to gross indecency) was: (1) whether the jury was properly charged regarding the evidence as to when the offence may have occurred; and (2) whether the similar act evidence was admissible. The issues which related to the conviction of sexual assault on the daughter of the common law spouse were: (1) whether the Crown had a duty to disclose to the defence a statement suggesting a previous inconsistent statement by the complainant; and, (2) whether the accused's applica-

Le procès pour attentat aux mœurs a eu lieu plus de dix ans après les événements allégués. La plaignante a allégué que l'appelant l'avait forcée à avoir des rapports sexuels avec un chien et son témoignage était le seul élément de preuve direct contre lui. L'appelant a nié les allégations. La crédibilité de la plaignante et la preuve d'actes similaires prenaient donc une importance considérable. Toutefois le témoignage de la plaignante ne concordait pas tout à fait avec les dates mentionnées dans l'acte d'accusation et indiquait une incertitude concernant les dates qui pouvait être pertinente quant à sa crédibilité.

Le juge du procès a reconnu qu'il avait commis une erreur dans son exposé initial en disant au jury que le ministère public devait établir que les infractions s'étaient produites au cours de la période précisée dans l'acte d'accusation et il a tenté de la corriger. Toutefois, cette correction a créé des problèmes car elle a pu laisser entendre que l'incertitude concernant le témoignage de la plaignante quant au moment des infractions et le fait qu'elles avaient dû se produire au cours d'une période très limitée avaient peu d'importance.

La conjointe de fait subséquente de l'appelant a témoigné relativement aux fantasmes sexuels de l'appelant, notamment qu'il lui avait demandé d'avoir des rapports sexuels avec un chien, comme preuve des prédilections particulières de ce dernier en matière sexuelle. On ne s'est pas opposé à l'utilisation de cette preuve et elle a été admise sans mention des règles régissant l'administration de la preuve de moralité et d'actes similaires.

Une déclaration d'une ancienne enseignante de la plaignante relativement à l'accusation d'agression sexuelle a été reçue après l'enquête préliminaire mais n'a pas été divulguée à la défense. La déclaration indiquait que la plaignante, nonobstant de très bons rapports entre l'élève et l'enseignante, avait répondu par la négative à tout ce qui lui avait été demandé. La défense n'a découvert l'existence de cette déclaration qu'après le procès.

Les questions relatives à la déclaration de culpabilité d'attentat aux mœurs (réduite à grossière indécence) sont les suivantes: (1) le jury a-t-il reçu des directives appropriées concernant la preuve du moment où l'infraction a pu être commise? et (2) la preuve d'actes similaires était-elle recevable? Les questions relatives à la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle sur la personne de la fille de la conjointe de fait sont les suivantes: (1) le ministère public était-il obligé de divulguer à la défense une déclaration qui laisse entendre que

tion to introduce the above statement as fresh evidence on appeal should have been rejected.

*Held:* The appeal should be allowed.

The instruction to disregard any variance between the times named in the indictment and the times given in the evidence may have misled the jury on the critical issue of the complainant's credibility. While the dates on the indictment may have had several sources, the jury was entitled to assume that the complainant had been consulted before the charges were laid. The recharge may have suggested to the jury that they need not worry about discrepancies in the evidence and so have influenced the jury to disregard evidence which was material in assessing the complainant's credibility. Credibility formed a major part of the defence because the case rested almost exclusively on the complainant's evidence.

Evidence as to disposition is generally inadmissible. Similar act evidence, however, will occasionally go to more than disposition and will be considered to have real probative value. That probative value usually arises from the fact that the acts compared are so unusual and strikingly similar that their similarities cannot be attributed to coincidence. Such evidence should be received only where the probative force clearly outweighs the prejudice or the danger that the jury may convict for non-logical reasons.

The nature of the similar act evidence in this case carried serious dangers of prejudice to the appellant. The decision as to whether this evidence should be admitted should be left to the trial judge on a new trial.

Failure to disclose may constitute grounds for appeal where it results in an unfair trial. Here, the Crown's failure to disclose either the statement or the existence of the potential witness created such prejudice against the appellant that it cannot be said with certainty that he received a fair trial. The evidence could have been crucial to the defence on the issue of the respective credibility of the complainant and the appellant. The statement did not disclose whether the teacher asked the child about possible sexual abuse but it clearly raised the suggestion that the complainant may have been questioned about this or other abuse which she denied.

la plaignante avait fait une déclaration antérieure incompatible? et (2) la demande de l'accusé visant à la présentation de la déclaration en question à titre de nouvelle preuve en appel aurait-elle dû être rejetée?

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La directive de ne pas tenir compte de la divergence entre les moments précisés dans l'acte d'accusation et les moments spécifiés dans la preuve a pu induire le jury en erreur sur la question critique de la crédibilité de la plaignante. Si les dates mentionnées dans l'acte d'accusation pouvaient avoir plusieurs sources, le jury était cependant fondé à présumer que la plaignante avait été consultée avant le dépôt des accusations. L'exposé supplémentaire pouvait permettre au jury de penser qu'il n'avait pas à se préoccuper de divergences de la preuve qui avaient une importance dans l'appréciation de la crédibilité de la plaignante. La crédibilité formait une partie importante de la défense parce que l'affaire reposait presque exclusivement sur le témoignage de la plaignante.

La preuve de disposition est généralement inadmissible. Il y aura des cas, cependant, où la preuve d'actes similaires touchera à autre chose que la disposition et sera considérée comme ayant une véritable valeur probante. Cette valeur probante tient ordinairement au fait que les actes comparés sont à ce point inhabituels et présentent des similitudes à ce point frappantes que ces similitudes ne peuvent pas être attribuées à une coïncidence. Cette preuve ne devrait être utilisée que lorsque la force probante l'emporte nettement sur le préjudice, ou sur le danger que le jury rende un verdict de culpabilité pour des raisons illogiques.

La nature de la preuve d'actes similaires en l'espèce comportait de graves dangers de préjudice pour l'appellant. La décision relative à l'admission de cette preuve devrait être laissée au juge du nouveau procès.

L'omission de divulguer peut constituer un moyen d'appel lorsqu'il en résulte un procès inéquitable. En l'espèce, l'omission par le ministère public de divulguer la déclaration ou l'existence d'un témoin potentiel a causé un tel préjudice à l'appellant qu'on ne peut dire avec certitude qu'il a eu un procès équitable. La preuve aurait pu être cruciale pour la défense sur la question de la crédibilité respective de la plaignante et de l'appellant. La déclaration ne révèle pas si l'enseignante a posé des questions à l'enfant relativement à la possibilité d'abus sexuels mais elle donne clairement à entendre que la plaignante a pu être interrogée sur l'existence de ce genre d'abus ou sur d'autres abus, ce qu'elle a nié. Un jury peut estimer que c'est une chose de garder le



A jury may consider that it is one thing to be silent, another to lie in response to a direct question.

A court, if the fresh evidence could reasonably have affected the trial verdict, may consider the evidence conclusive of the case and resolve it, or send the matter back for a new trial.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *Re Cunliffe and Law Society of British Columbia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 560; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 529(4.1) [ad. 1985, c. 19, s. 123], 613(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 46 C.C.C. (3d) 142, substituting a conviction of gross indecency for a conviction for indecent assault and upholding a conviction of sexual assault. Appeal allowed.

*Terence E. La Liberté*, for the appellant.

*William F. Ehrcke*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—This is a case where a new trial must be ordered as a result of the cumulative effect of a number of errors which, taken together, lead to the conclusion that the appellant did not receive a fair trial.

The appellant was convicted by a jury of indecent assault of his ex-wife and sexual assault of the daughter of his subsequent common law wife. The Court of Appeal ((1988), 46 C.C.C. (3d) 142), McEachern C.J. dissenting, upheld the convictions subject to substi-

silence, et une autre chose de mentir en réponse à une question directe.

Si elle conclut que la nouvelle preuve aurait pu raisonnablement influencer sur le verdict, la Cour peut considérer que la preuve est concluante et trancher l'affaire, ou ordonner la tenue d'un nouveau procès.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *Re Cunliffe and Law Society of British Columbia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 560; *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 529(4.1) [aj. 1985, ch. 19, art. 123], 613(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 46 C.C.C. (3d) 142, qui a remplacé une déclaration de culpabilité d'attentat aux mœurs par une déclaration de culpabilité de grossière indécence et a confirmé la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

*Terence E. La Liberté*, pour l'appellant.

*William F. Ehrcke*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit d'une affaire où il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès à cause de l'effet cumulatif de plusieurs erreurs qui, prises ensemble, amènent à la conclusion que l'appellant n'a pas eu un procès équitable.

Un jury a reconnu l'appellant coupable d'attentat aux mœurs contre la personne de son ex-épouse et d'agression sexuelle sur la personne de la fille de sa conjointe de fait subséquente. La Cour d'appel ((1988), 46 C.C.C. (3d) 142), le juge en chef McEachern étant dissident, a confirmé les déclarations de culpabilité sous réserve de la substitution d'une

tuting a conviction of gross indecency for the conviction for indecent assault.

The appellant appeals to this Court. Because of the number of diverse issues, I find it convenient to consider the facts relevant to each in the course of discussing the issue in question.

### Issues

The appellant raises two issues relating to the conviction for indecent assault (reduced to gross indecency):

1. Did the Court of Appeal err in ruling that the jury was properly charged regarding the evidence as to when the offence may have occurred?

2. Did the Court of Appeal err in holding that evidence relating to bad character was admissible as similar fact evidence?

The appellant raises three further issues relating to the conviction of sexual assault on the daughter of the common law spouse:

1. Did the Court of Appeal err in ruling that there was no duty on the Crown to disclose to the defence a statement which suggests a previous inconsistent statement by the complainant?

2. Did the Court of Appeal err in rejecting the accused's application to introduce the above statement as fresh evidence on appeal?

3. Did the Court of Appeal err in ruling that the admission of rebuttal evidence by the trial judge did not, in the circumstances of this case, constitute a "substantial wrong or a miscarriage of justice"?

déclaration de culpabilité de grossière indécence à la déclaration de culpabilité d'attentat aux mœurs.

L'appelant s'est pourvu devant notre Cour. À cause du nombre et de la diversité des questions en litige, je crois qu'il sera plus commode d'examiner les faits pertinents dans le cadre de l'analyse de chaque question.

### Les questions en litige

L'appelant soulève deux questions relatives à la déclaration de culpabilité d'attentat aux mœurs (réduite à grossière indécence):

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que le jury avait reçu des directives appropriées concernant la preuve du moment où l'infraction a pu être commise?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que la preuve de mauvaise moralité était recevable à titre de preuve de faits similaires?

L'appelant soulève trois autres questions relatives à la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle sur la personne de la fille de sa conjointe de fait:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que le ministère public n'avait pas l'obligation de divulguer à la défense une déclaration qui laisse entendre que la plaignante a fait une déclaration antérieure incompatible?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la demande de l'accusé visant à la présentation de la déclaration en question à titre de nouvelle preuve?

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que l'admission de la contre-preuve par le juge du procès ne créait pas, dans les circonstances de l'espèce, un «tort important ou . . . [une] erreur judiciaire grave»?

Analysis*A. Issues relating to the Charges of Indecent Assault on the Accused's Ex-Wife*

The trial for indecent assault took place over ten years after the alleged events. The complainant, the appellant's ex-wife, alleged that he had forced her to have sexual intercourse with a dog. The only direct evidence against the appellant was that of his ex-wife. The appellant denied that the events she described ever took place. In these circumstances, the complainant's credibility assumed considerable importance, as did the evidence of similar acts presented against the appellant.

1. The Jury Instruction on the Evidence as to Time

The indictment alleged that the events in question occurred between August 1 and September 30, 1977. The complainant's testimony was somewhat at variance with these dates. She testified that the events occurred after her birthday on July 19 and before the conception of her son, which she placed in the latter part of October or early November. In cross-examination, she answered affirmatively to a question putting the events during the "summer". She also testified that she was away from the appellant on a trip to Vancouver from the end of July to Thanksgiving. This evidence suggests that the events must have occurred outside the dates alleged in the indictment. It also suggests uncertainty regarding dates which the appellant submits is relevant to the complainant's credibility.

In the course of his charge to the jury, the trial judge repeated three times that if the jury was left with a reasonable doubt that the offences occurred within the time period specified in the indictment, they must acquit. This was plainly in error. Section 529(4.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, expressly provides that a variance between the indictment or a count therein and the evidence is not mate-

Analyse*A. Les questions relatives aux accusations d'attentat aux mœurs contre la personne de l'ex-épouse de l'accusé*

Le procès pour attentat aux mœurs a eu lieu plus de dix ans après les événements allégués. La plaignante, l'ex-épouse de l'appellant, a allégué qu'il l'avait forcée à avoir des rapports sexuels avec un chien. Le seul élément de preuve direct contre l'appellant était le témoignage de son ex-épouse. L'appellant a nié que les événements qu'elle a décrits aient jamais eu lieu. Dans ces circonstances, la crédibilité de la plaignante prenait une importance considérable, tout comme la preuve d'actes similaires présentée contre l'appellant.

1. Les directives au jury sur la preuve relative au moment

L'acte d'accusation allègue que les événements en cause se sont produits entre le 1<sup>er</sup> août et le 30 septembre 1977. Le témoignage de la plaignante ne concorde pas tout à fait avec ces dates. Elle a témoigné que les événements se sont produits après son anniversaire le 19 juillet et avant la conception de son fils qu'elle fixe à la fin d'octobre ou au début de novembre. En contre-interrogatoire, elle a répondu par l'affirmative à une question qui situait les événements au cours de l'«été». Elle a également témoigné qu'elle n'a pas été en contact avec l'appellant de la fin juillet jusqu'à l'Action de grâces, parce qu'elle était alors en voyage à Vancouver. La preuve laisse entendre que les événements ne peuvent pas être survenus au cours de la période alléguée dans l'acte d'accusation. Elle montre également des incertitudes concernant les dates et l'appellant prétend que cela est pertinent quant à la crédibilité de la plaignante.

Au cours de son exposé au jury, le juge du procès a répété trois fois que le jury devait prononcer un acquittement si celui-ci avait un doute raisonnable quant à savoir si les infractions s'étaient produites au cours de la période précisée dans l'acte d'accusation. C'était évidemment une erreur. Le paragraphe 529(4.1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, dispose expressément qu'une divergence entre l'acte

rial. As Wilson J., speaking for the Court, observed in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 52:

If there is conflicting evidence regarding the time of the offence, or the date of the offence cannot be established with precision, the information need not be quashed and a conviction may result, provided that time is not an essential element of the offence or crucial to the defence. [Emphasis added.]

After receiving this erroneous instruction, the jury went out to deliberate. Some time later it requested a review of the ex-wife's testimony with respect to her visit to Vancouver. It appears that the jury was troubled by the question of the time when the offences were alleged to have been committed.

A little more than an hour later, the trial judge, on his own motion and without submissions from counsel, recalled the jury and gave them the following instruction:

Now, if I can explain it to you this way, if you were to find here beyond a reasonable doubt in Count 1 that the Accused indecently assaulted a female person, to wit: Claudette Cadden, and in Count 2 if you were to find beyond a reasonable doubt that the Accused did commit an act of gross indecency with Claudette Cadden, you find that first, that the act did happen, then if you should find that it took place but took place say before August 1st, 1977, or after September 30th, 1977, then the variance in the time between what you find and what's in the indictment is not material. You don't have to concern yourself with it. [Emphasis added.]

The trial judge would appear to have recognized his initial error in telling the jury that the Crown must establish that the offences had occurred within the time period set out in the indictment, and was attempting to correct it. This correction, however, created problems of its own. He may have suggested to the jury that uncertainty regarding the ex-wife's evidence as to the time of the offences, and the fact, given her absence in Vancouver from the end of July to Thanksgiving, that they must have occurred within

d'accusation ou l'un de ses chefs et la preuve importe peu. Comme le juge Wilson l'a fait observer, au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 52:

Si la preuve est contradictoire quant au moment de l'infraction ou que la date de l'infraction ne peut être établie avec précision, il n'est pas nécessaire d'annuler la dénonciation et une déclaration de culpabilité peut être prononcée, pourvu que le moment de l'infraction ne soit pas un élément essentiel de l'infraction ou un élément crucial pour la défense. [Je souligne.]

Après avoir reçu cette directive erronée, le jury s'est retiré pour délibérer. Quelque temps après, il a demandé à revoir le témoignage de l'ex-épouse relativement à son séjour à Vancouver. Le jury paraît avoir été troublé par la question du moment où, suivant les allégations, les infractions auraient été commises.

Un peu plus d'une heure plus tard, le juge du procès, de sa propre initiative et sans avoir reçu d'observations des avocats, a rappelé le jury et lui a donné la directive suivante:

[TRADUCTION] Je peux vous expliquer cela de cette manière. Si vous deviez conclure ici hors de tout doute raisonnable au chef 1 que l'accusé a commis un attentat aux mœurs contre une personne du sexe féminin, savoir Claudette Cadden, et au chef 2 si vous deviez conclure hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis un acte de grossière indécence sur la personne de Claudette Cadden, vous concluez, premièrement, que l'acte a bien été commis; alors si vous deviez conclure ensuite qu'il est survenu mais est survenu, disons avant le 1<sup>er</sup> août 1977, ou après le 30 septembre 1977, alors, la divergence quant au moment entre votre conclusion et ce que dit l'acte d'accusation importe peu. Vous n'avez pas à vous préoccuper de cela. [Je souligne.]

Le juge du procès semble avoir reconnu l'erreur qu'il avait initialement commise en disant au jury que le ministère public devait établir que les infractions s'étaient produites au cours de la période précisée dans l'acte d'accusation, et il tentait de la corriger. Toutefois, cette correction créait elle-même de nouveaux problèmes. Le juge a pu laisser entendre aux jurés que l'incertitude concernant le témoignage de l'ex-épouse quant au moment des infractions, et le fait, compte tenu de son séjour à Vancouver de la fin

a very limited time frame, were immaterial, and matters with which they should not concern themselves.

The majority of the Court of Appeal conceded that it would have been better to have told the jury that the complainant's evidence as to the time of the offences could still be material on credibility. It concluded, however, that the charge was saved by the judge's general instructions that the jury's first task was to consider whether it was established beyond a reasonable doubt that the alleged assaults had been committed. McEachern C.J. dissented.

I accept the appellant's submission that the instruction to disregard any variance between the times named in the indictment and the times given in the evidence may have misled the jury on the critical issue of the complainant's credibility. While the dates on the indictment may have had several sources, the jury was entitled to assume that the complainant had been consulted before the charges were laid. More generally, the recharge may have suggested to the jury that they need not worry about discrepancies in the evidence as to time or the effect of the trip to Vancouver on reducing the time available for commission of the offences. Thus, the jury may have been influenced to disregard evidence which was material in assessing the credibility of the complainant. The case rested almost exclusively on her evidence. Given the critical timing of the recharge, it being the last word the jury heard before rendering its verdict, I agree with the conclusion of McEachern C.J. in dissent, at p. 168, that: "[i]nstructing the jury that the time of the offence was not material and that they did not have to concern themselves with it was wrong in law and removed from the case a major part of the defence upon which the accused relied".

juillet à l'Action de grâces, qu'elles avaient dû se produire au cours d'une période très limitée, avaient peu d'importance et qu'il s'agissait de choses dont ils ne devaient pas s'inquiéter.

La Cour d'appel a reconnu à la majorité qu'il aurait mieux valu dire au jury que le témoignage de la plaignante relativement au moment des infractions pouvait encore avoir de l'importance quant à la crédibilité. Elle a cependant conclu que l'exposé était sauvegardé par les directives générales du juge suivant lesquelles la première tâche du jury était de se demander s'il était établi hors de tout doute raisonnable que les infractions reprochées avaient été commises. Le juge en chef McEachern était dissident.

J'accepte l'allégation de l'appelant que la directive de ne pas tenir compte de la divergence entre les moments précisés dans l'acte d'accusation et les moments spécifiés dans la preuve a pu induire le jury en erreur sur la question critique de la crédibilité de la plaignante. Si les dates mentionnées dans l'acte d'accusation pouvaient avoir plusieurs sources, le jury était cependant fondé à présumer que la plaignante avait été consultée avant le dépôt des accusations. De manière plus générale, l'exposé supplémentaire pouvait permettre au jury de penser qu'il n'avait pas à se préoccuper des divergences de la preuve sur la date, ni de l'effet du voyage à Vancouver sur la réduction de la période au cours de laquelle les infractions auraient pu être commises. Ainsi, le jury a pu être amené à ne pas tenir compte d'éléments de preuve qui avaient une importance dans l'appréciation de la crédibilité de la plaignante. L'affaire reposait presque exclusivement sur son témoignage. Puisque l'exposé supplémentaire a été fait à un moment critique, car c'étaient les dernières paroles que le jury a entendues avant de rendre son verdict, je suis d'accord avec la conclusion dissidente du juge en chef McEachern, à la p. 168, selon laquelle: [TRADUCTION] «[d]ire au jury que le moment de l'infraction avait peu d'importance et qu'il n'avait pas à s'en préoccuper était une erreur de droit et supprimait une partie importante des moyens sur lesquels s'appuyait la défense».

## 2. The Evidence of Similar Acts

The Crown alleged that the appellant forced his ex-wife to submit to sexual intercourse with a dog. In support of this contention, the Crown tendered evidence by the appellant's subsequent common law spouse of his peculiar sexual predilections. There was no objection to the evidence at trial and the trial judge admitting it appears not to have directed his mind to the rules of evidence governing character and similar act evidence.

The evidence may be classed in three categories: (1) evidence of requests that the subsequent spouse submit to intercourse with a dog; (2) a remark relating to intercourse with a bull; and (3) requests that the spouse engage in sexual conduct involving a cucumber and body oils and foams.

The appellant submits that the evidence was inadmissible and should not have been placed before the jury. The majority in the Court of Appeal below rejected this ground of appeal, holding that its probative value outweighed its prejudicial effect. The Chief Justice differed, and would have found all the evidence inadmissible.

This Court addressed the principles governing the admissibility of evidence of similar acts in *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717. Evidence as to disposition, which shows only that the accused is the type of person likely to have committed the offence in question, is generally inadmissible. Such evidence is likely to have a severe prejudicial effect by inducing the jury to think of the accused as a "bad" person. At the same time it possesses little relevance to the real issue, namely, whether the accused committed the particular offence with which he stands charged. There will be occasions, however, where the similar act evidence will go to more than disposition, and will be considered to have real probative value. That probative value usually arises from the fact that the acts compared are so unusual and strikingly similar that their similarities cannot be attributed to coincidence. Only where the probative force clearly outweighs the prejudice, or the danger that the jury may

## 2. La preuve d'actes similaires

Le ministère public a allégué que l'appellant a forcé son ex-épouse à se soumettre à des rapports sexuels avec un chien. À l'appui de cette allégation, le ministère public a présenté une preuve, par le témoignage de la conjointe de fait subséquente de l'appellant, relative aux préférences particulières de ce dernier en matière sexuelle. On ne s'est pas opposé à l'utilisation de la preuve au procès et, en l'admettant, le juge du procès paraît ne pas avoir porté attention aux règles régissant l'administration de la preuve de moralité et d'actes similaires.

La preuve peut être classée en trois catégories: (1) des demandes que la conjointe subséquente se soumette à des rapports sexuels avec un chien; (2) une remarque concernant des rapports sexuels avec un taureau; et (3) des demandes que l'épouse accomplisse des actes de nature sexuelle utilisant un concombre et des huiles et mousses pour le corps.

L'appellant prétend que la preuve était irrecevable et n'aurait pas dû être présentée au jury. La Cour d'appel à la majorité a rejeté ce moyen d'appel, concluant que sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable. Le Juge en chef n'était pas de cet avis et aurait conclu à l'irrecevabilité de toute cette preuve.

Notre Cour a examiné les principes régissant la recevabilité de la preuve d'actes similaires dans l'arrêt *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717. La preuve de disposition qui montre seulement que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction en cause est généralement irrecevable. Cette preuve est susceptible d'avoir un grave effet préjudiciable en amenant le jury à penser que l'accusé est une «mauvaise» personne. En même temps, elle est d'une pertinence limitée relativement à la vraie question, celle de savoir si l'accusé a commis l'infraction particulière dont il est inculpé. Il y aura des cas, cependant, où la preuve d'actes similaires touchera à autre chose que la disposition et sera considérée comme ayant une véritable valeur probante. Cette valeur probante tient ordinairement au fait que les actes comparés sont à ce point inhabituels et présentent des similitudes à ce point frappantes que ces similitudes ne peuvent pas être attribuées à une coïn-

convict for non-logical reasons, should such evidence be received.

The nature of the similar act evidence in this case carries serious dangers of prejudice to the appellant. As stated in *R. v. B. (C.R.)*, at p. 735: "where the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception". It is the duty of the trial judge to weigh the factors relating to probative value and prejudice and determine whether, notwithstanding the fundamental exclusionary rule, the probative value of the evidence is of such force that it tips the balance in favour of reception.

The trial judge in the case at bar failed to do this. It can be said with some assurance that had he done so he would have excluded at least some of the evidence. The evidence relating to the cucumber and oils possesses no probative force taking it out of the realm of mere evidence of disposition. It shares no specific common features with the evidence on the charges before the jury. At best, it is evidence of the appellant's particular sexual taste or fantasies. In short, its connection with the allegations in the trial is so tenuous that its prejudicial force must be taken to outweigh the virtually non-existent probative value which it might be alleged to possess.

The other evidence is more problematic, involving, as it does, requests (or in the case of the bull, a rather fantastic suggestion) that the appellant's subsequent spouse submit to sexual intercourse with an animal. It can be argued that the suggestion that one's spouse should participate in such unnatural acts is so remarkable that the separate incidents might be viewed as highly similar, giving the evidence sufficient probative force to take it out of the category of mere evidence of disposition. However, rather than deciding at this level whether the probative force of the evidence outweighs the potential prejudice of inducing the jury to convict for reasons unrelated to its logical

vidence. Cette preuve ne devrait être utilisée que lorsque la force probante l'emporte nettement sur le préjudice, ou sur le danger que le jury rende un verdict de culpabilité pour des raisons illogiques.

a

La nature de la preuve d'actes similaires en l'espèce, comporte de graves dangers de préjudice pour l'appellant. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. B. (C.R.)*, à la p. 735, dans un cas «où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception». Le juge du procès a le devoir d'apprécier les facteurs relatifs à la valeur probante et au préjudice, puis de déterminer si, nonobstant la règle fondamentale d'exclusion, la valeur probante de la preuve est tellement forte qu'elle fait pencher la balance en faveur de son utilisation.

d

Le juge du procès ne l'a pas fait en l'espèce. On peut dire sans grande hésitation que, s'il l'avait fait, il aurait exclu au moins quelques éléments de cette preuve. L'élément relatif au concombre et aux huiles n'a aucune force probante qui l'élève au-dessus d'une simple preuve de disposition. Il ne partage aucune caractéristique commune avec la preuve relative aux accusations dont était saisi le jury. Au mieux, il s'agit d'une preuve des goûts ou fantasmes particuliers de l'appellant en matière sexuelle. Bref, son rapport avec les allégations au procès est si ténu qu'il faut considérer que sa force préjudiciable l'emporte sur la valeur probante pratiquement inexistante qu'il pourrait posséder.

e

f

g

Les autres éléments de cette preuve sont plus problématiques car il s'agit de demandes (ou dans le cas du taureau, une suggestion plutôt extravagante) que la conjointe subséquente de l'appellant se soumette à des rapports sexuels avec un animal. On peut prétendre que la suggestion qu'une conjointe participe à des actes aussi dénaturés est à ce point singulière que les incidents distincts pourraient être considérés comme très semblables, donnant à la preuve suffisamment de force probante pour l'élever au-dessus d'une simple preuve de disposition. Cependant, plutôt que de décider à ce niveau si la force probante de la preuve l'emporte sur le préjudice potentiel tenant à ce que le jury

i

j

force, I think the best course in this case is to leave the decision to the trial judge on the new trial.

**B. Issues Relating to the Charge of Sexual Assault on the Daughter of the Appellant's Common Law Spouse**

At trial, the appellant was also convicted of sexually assaulting the daughter of his subsequent common law wife. This complainant, who was nine or ten years old at the time of the alleged offences, testified that the accused on several occasions entered her bedroom at night and fondled her breasts. The appellant denied that this ever occurred. The appeal from the convictions on these counts raises issues as to the Crown's duty to disclose statements in its possession to the defence, the reception of fresh evidence, and the ambit of rebuttal evidence on a criminal trial.

**1. Failure to Disclose**

The appellant submits that the Crown wrongly failed to disclose to the defence a statement it received from a former school teacher of the daughter of his common law wife after the preliminary inquiry and before the trial. The defence did not discover the statement until after the trial.

The majority on the Court of Appeal, *per* Craig J.A., ruled that the Crown had not breached its duty of disclosure, the matter being in the discretion of the Crown: *Re Cunliffe and Law Society of British Columbia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 560. The Chief Justice dissented, holding (at p. 155) that: "there is a general duty on the part of the Crown to disclose all material it proposes to use at trial and especially all evidence which may assist the accused even if the Crown does not propose to adduce it".

In view of the fact that no submissions were made on the effect the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* may have on the duty to disclose, I propose

aurait été amené à rendre un verdict de culpabilité pour des motifs non reliés à sa force logique, je crois qu'il est préférable en l'espèce de laisser cette décision au juge du nouveau procès.

**B. Les questions relatives à l'accusation d'agression sexuelle sur la personne de la fille de la conjointe de fait de l'appelant**

Au procès, l'appelant a également été reconnu coupable d'agression sexuelle sur la personne de la fille de sa conjointe de fait subséquente. Cette plaignante, qui avait neuf ou dix ans à l'époque des infractions alléguées, a témoigné qu'à plusieurs occasions, l'accusé est entré dans sa chambre la nuit et lui a caressé les seins. L'appelant a nié que cela se soit jamais produit. L'appel des déclarations de culpabilité relatives à ces chefs soulève des questions quant à l'obligation du ministère public de divulguer à la défense des déclarations qu'il possède, quant à l'utilisation d'une nouvelle preuve et quant à la portée de la contre-preuve dans un procès criminel.

**1. L'omission de divulguer**

L'appelant prétend que le ministère public a omis à tort de divulguer à la défense une déclaration qu'il avait reçue d'une ancienne enseignante de la fille de sa conjointe de fait après l'enquête préliminaire et avant le procès. La défense n'a découvert l'existence de cette déclaration qu'après le procès.

Le juge Craig, au nom de la Cour d'appel à la majorité, a conclu que le ministère n'avait pas violé son obligation de divulgation, car l'affaire relevait de la discrétion du ministère public: *Re Cunliffe and Law Society of British Columbia* (1984), 13 C.C.C. (3d) 560. Le Juge en chef, dissident, a conclu à la p. 155 que: [TRADUCTION] «le ministère public a l'obligation générale de divulguer tout ce qu'il envisage d'utiliser au procès, et particulièrement tous les éléments de preuve qui peuvent aider l'accusé, même si le ministère public n'envisage pas de les présenter».

Étant donné qu'aucun argument n'a été présenté relativement à l'effet que la *Charte canadienne des droits et libertés* peut avoir sur l'obligation de divul-



to address the matter only as it stands at common law, independent of *Charter* considerations.

This Court has previously stated that the Crown is under a duty at common law to disclose to the defence all material evidence whether favourable to the accused or not. In *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, while holding that a prosecutor had a discretion regarding which witnesses to call, it expressed the opinion that the Crown must nevertheless produce all material facts. Cartwright J. stated at p. 257:

I wish to make it perfectly clear that I do not intend to say anything which might be regarded as lessening the duty which rests upon counsel for the Crown to bring forward evidence of every material fact known to the prosecution whether favourable to the accused or otherwise. . . . [Emphasis added.]

On the other hand, this Court's *dicta* in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at p. 924, *per* Fauteux C.J., stated that "the failure of the Crown to provide evidence to an accused person does not deprive the accused of a fair trial unless, by law, it is required to do so". *Duke* involved an accused who requested he be provided with his breath sample on an impaired driving charge. The request came after the Crown had already disposed of the sample. A unanimous Court held there was no deprivation of the right to a fair trial: see also *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786.

It is not necessary on the facts of this case to establish the exact ambit of the Crown's duty of disclosure. It is sufficient to note that failure to disclose may constitute grounds for appeal where it results in an unfair trial. As Spence J. observed in his reasons in *Caccamo* (dissenting on another ground, Laskin C.J. concurring), courts must not hesitate to interfere where conduct of the Crown suggests there was unfairness at trial, at p. 796:

guer, je propose d'examiner la question seulement en fonction de la common law, indépendamment de considérations fondées sur la *Charte*.

<sup>a</sup> Notre Cour a déjà dit que le ministère public a l'obligation en common law de divulguer à la défense tous les éléments de preuve substantielle, favorables ou non à l'accusé. Dans l'arrêt *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, tout en concluant que la poursuite avait le pouvoir discrétionnaire de décider quels témoins citer, elle a exprimé l'opinion que le ministère public doit néanmoins produire tous les faits substantiels. Le juge Cartwright a dit à la p. 257:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Je veux qu'on comprenne bien que je ne veux rien dire qui soit considéré comme une atténuation de l'obligation du substitut du procureur général de présenter la preuve de tout fait substantiel connu de la poursuite, qu'il soit favorable ou non à l'accusé . . . [Je souligne.]

<sup>e</sup> Par ailleurs, notre Cour a dit de manière incidente dans l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, par la voix du juge en chef Fauteux, à la p. 924, que: «l'omission du ministère public de fournir un certain élément de preuve à un accusé ne prive pas celui-ci de son droit à un procès équitable sauf si, en vertu d'une loi, il y est tenu». Dans cette affaire, l'accusé avait demandé qu'on lui remette l'échantillon d'haléine qu'il avait fourni relativement à une accusation de conduite avec facultés affaiblies. La demande avait été faite après que le ministère public se fut départi de l'échantillon. La Cour a conclu à l'unanimité qu'il n'y avait pas eu déni du droit à un procès équitable. Voir également *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786.

<sup>h</sup> Vu les faits de la présente espèce, il n'est pas nécessaire d'établir la portée exacte de l'obligation de divulgation du ministère public. Il suffit de signaler que l'omission de divulguer peut constituer un moyen d'appel lorsqu'il en résulte un procès inéquitable. Comme le juge Spence (dissident pour un autre motif, avec l'appui du juge en chef Laskin) le fait observer dans ses motifs de l'arrêt *Caccamo*, les tribunaux ne doivent pas hésiter à intervenir lorsque la conduite du ministère public permet de penser que le procès n'a pas été équitable, à la p. 796:

In my view, it is the duty of the court to be vigilant to assure itself that the appellant has had a fair trial and if the regrettable conduct of the prosecution, using that term to cover both the police and Crown counsel, ever results in unfairness then the court should act with decisiveness to reverse such unfairness.

In my view, the failure of the Crown in this case to disclose either the statement or the existence of the potential witness created such prejudice against the appellant that it cannot be said with certainty that he received a fair trial. In the statement the teacher states that she and another teacher had become concerned about the complainant in February or March of 1986, when "she suddenly became very withdrawn, her school work went down and she appeared not to care about herself". The teacher states that they knew the child well, and thus "questioned" her about possible child abuse. In the course of the questioning, the complainant referred to the man that she and her mother were living with. The following remarks appear toward the end of the statement:

I spoke with Nicole and asked her if there was anything going on to let either myself, her mother, the Counsellor or any other adult know. There was an extreme amount of tension in the home. This was very apparent. Also there was a bump on Nicole's head at one time. She also denied everything I asked her and we had a very good relationship. I spoke with her quite often. [Emphasis added.]

The majority of the Court of Appeal (as revealed from its reasons on the application to adduce fresh evidence) doubted the value of the statement, characterizing it as merely confirming what the complainant said at trial—that she had told no one of the assault. The Chief Justice, on the other hand, felt the evidence could have been crucial to the defence, requiring a new trial.

I share the view of the Chief Justice. While the statement does not disclose whether the teacher asked the child about possible sexual abuse, it clearly raises the suggestion that she may have been questioned about this or other abuse, which she denied. A jury

À mon avis, il incombe aux tribunaux d'être vigilants afin de s'assurer que l'appellant a subi un procès équitable et si jamais le comportement de la poursuite, c'est-à-dire de la police et du procureur du ministère public, causait une injustice, alors les tribunaux devraient réagir avec fermeté afin de corriger cette injustice.

À mon avis, l'omission du ministère public en l'es-pèce de révéler tant la déclaration que l'existence d'un témoin potentiel a causé à l'appellant un tel préjudice qu'on ne peut pas dire avec certitude qu'il a eu un procès équitable. Dans la déclaration, l'enseignante dit qu'elle-même et un autre professeur en étaient venus à s'inquiéter de la plaignante en février ou mars 1986, lorsque [TRADUCTION] «elle est soudain devenue très retirée, ses travaux scolaires se sont détériorés et elle paraissait ne plus prendre soin d'elle-même». L'enseignante déclare qu'ils connaissaient bien l'enfant et qu'ils l'ont alors [TRADUCTION] «interrogée» sur la possibilité de mauvais traitements. Dans ses réponses, la plaignante a parlé de l'homme avec qui elle et sa mère vivaient. Les remarques suivantes figurent vers la fin de la déclaration:

[TRADUCTION] J'ai parlé avec Nicole et lui ai demandé s'il se passait quelque chose qu'elle voudrait signaler à moi-même, à sa mère, au conseiller ou à tout autre adulte. Il y avait une tension extrême à la maison. Cela était très évident. On a même remarqué une fois que Nicole avait une bosse à la tête. Elle a répondu par la négative à tout ce que je lui ai demandé et nous avons de très bons rapports. Je lui ai parlé très souvent. [Je souligne.]

La Cour d'appel à la majorité (comme le révèlent ses motifs concernant la demande de présentation d'une nouvelle preuve) a douté de la valeur de la déclaration, disant qu'elle venait simplement confirmer ce que la plaignante avait dit au procès, savoir, qu'elle n'avait parlé à personne de l'agression. Le Juge en chef, par contre, a estimé que la preuve aurait pu être cruciale pour la défense et que cela exigeait la tenue d'un nouveau procès.

Je partage l'opinion du Juge en chef. Bien que la déclaration ne révèle pas si l'enseignante a posé des questions à l'enfant relativement à la possibilité d'abus sexuels, elle donne clairement à entendre qu'elle a pu être interrogée sur l'existence de ce

may find a distinction between evidence that the complainant had told no one of the alleged offences, and evidence that in response to direct questioning she denied any such events. Arguably, the state of mind required for silence may well be different from that required for a direct denial. A jury may consider that it is one thing to be silent, another to lie in response to a direct question. The former may be easy; the latter more difficult. Had counsel for the appellant been aware of this statement, he might well have decided to use it in support of the defence that the evidence of the complainant was a fabrication. In my view, that evidence could conceivably have affected the jury's conclusions on the only real issue, the respective credibility of the complainant and the appellant.

## 2. The Application for Fresh Evidence

The appellant applied to have the teacher's statement admitted as fresh evidence on appeal. The majority dismissed the application on the ground that it could not have affected the result. McEachern C.J., while uncertain whether he would have acceded to the motion absent other grounds for appeal, would have received the statement as fresh evidence. The appellant maintains the application before this Court.

The test for admission of fresh evidence on appeal is set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

genre d'abus ou sur d'autres abus, ce qu'elle a nié. Un jury peut voir une distinction entre la preuve que la plaignante n'a parlé à personne des infractions reprochées et la preuve que, en réponse à des questions directes, elle a nié tout événement de ce genre. On peut soutenir que l'état d'esprit requis pour garder le silence peut être différent de celui requis pour nier directement. Un jury peut estimer que c'est une chose de garder le silence, et une autre chose de mentir en réponse à une question directe. La première peut être facile; la seconde, plus difficile. Si l'avocat de l'appellant avait connu l'existence de cette déclaration, il aurait bien pu décider de l'utiliser à l'appui du moyen de défense selon lequel le témoignage de la plaignante était fabriqué. À mon avis, il est concevable que cette preuve aurait pu avoir des répercussions sur les conclusions du jury sur la seule vraie question, la crédibilité respective de la plaignante et de l'appellant.

## 2. La demande visant à présenter une nouvelle preuve

L'appellant a demandé que la déclaration de l'enseignante soit admise à titre de nouvelle preuve en appel. La cour à la majorité a rejeté la demande pour le motif qu'elle n'aurait pas influé sur le résultat. Le juge en chef McEachern, sans être certain s'il aurait fait droit à la demande en l'absence d'autres moyens d'appel, aurait accepté la déclaration à titre de nouvelle preuve. L'appellant réitère cette demande devant notre Cour.

Le critère d'admission d'une nouvelle preuve en appel est formulé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la p. 775:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de matière (*sic*) aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et

(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

The Court of Appeal differed on whether the fourth requirement in *Palmer* was met. I am satisfied that admission of the evidence at trial might have reasonably been viewed as capable of affecting the result. As I have suggested above, a direct denial in response to questioning might be viewed as qualitatively different from general evidence that the complainant had told no one of the alleged assaults. As this Court has made clear in *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, and *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, its role on a fresh evidence application is not to address the merits of the Court of Appeal's decision on the application, but rather to assess the application anew. Accordingly, if it is held that the fresh evidence could reasonably have affected the trial verdict, the Court has two options. It may consider the evidence conclusive of the case, and resolve it, or send the matter back for a new trial. I would therefore grant the application for the admission of this evidence, and order a new trial.

### 3. The Rebuttal Evidence

After the appellant had taken the witness stand, the Crown introduced evidence, over defence objection, purporting to prove certain matters which the appellant had denied in cross-examination. The Court of Appeal unanimously concluded that much of the evidence adduced in rebuttal should not have been admitted. Its members differed only on whether the admission of the evidence resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice. The majority, *per* Craig J.A. held that it did not, and invoked the curative provision of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. The Chief Justice held that it did, and accordingly declined to apply the curative provision. This being an appeal as of right, only the application of the curative provision is before this Court. In view of my conclusion that a new trial must be ordered on other

(4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

a

La Cour d'appel n'a pas été unanime quant à savoir si la quatrième exigence de l'arrêt *Palmer* avait été respectée. Je suis convaincue que l'utilisation de la preuve au procès pouvait raisonnablement être considérée comme susceptible d'influer sur le résultat. Comme je l'indique plus haut, une négation directe en réponse à des questions pourrait être considérée comme différente du point de vue qualitatif d'une preuve générale que la plaignante n'avait parlé à personne des agressions alléguées. Comme notre Cour l'a dit clairement dans les arrêts *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, et *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, son rôle face à une demande de présentation d'une nouvelle preuve ne consiste pas à examiner le bien-fondé de la décision de la Cour d'appel relativement à la demande, mais plutôt d'apprécier de nouveau la demande. Par conséquent, si on conclut que la nouvelle preuve aurait pu raisonnablement influencer sur le verdict, la Cour a deux choix. Elle peut considérer que la preuve est concluante et trancher l'affaire, ou ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis donc d'avis d'accueillir la demande de présentation de cet élément de preuve et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

b

c

d

e

f

### 3. La contre-preuve

g

Après que l'appellant eut témoigné, le ministère public a présenté, malgré l'opposition de la défense, des éléments de preuve tendant à établir certaines choses que l'appellant avait niées en contre-interrogatoire. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité qu'une bonne partie des éléments présentés en contre-preuve n'auraient pas dû l'être. Les juges n'ont différé d'avis que sur la question de savoir si l'utilisation de cette preuve a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave. Le juge Craig, au nom de la majorité, a conclu que non et a invoqué la disposition curative du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*. Le Juge en chef a conclu que oui et a donc refusé d'appliquer la disposition curative. Comme il s'agit d'un pourvoi de plein droit, la Cour n'est saisie que de l'application de la disposition curative. Vu ma conclusion qu'il faut ordonner la

h

i

j

grounds, I do not find it necessary to consider this question.

Conclusion

The cumulative effect of the errors at trial is such that it cannot be said with any assurance that the appellant received a fair trial on any of the charges. I would allow the appeal and direct a new trial.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: La Liberté, Rich, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

tenue d'un nouveau procès pour d'autres motifs, je n'estime pas nécessaire d'examiner cette question.

Conclusion

<sup>a</sup> L'effet cumulatif des erreurs commises au procès est tel qu'on ne peut pas dire avec certitude que l'appelant a eu un procès équitable relativement à chacune des accusations. Je suis d'avis d'accueillir le <sup>b</sup> pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli.*

<sup>c</sup> *Procureurs de l'appelant: La Liberté, Rich, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**The Monk Corporation** *Appellant and Cross-Respondent*

v.

**Island Fertilizers Limited** *Respondent and Cross-Appellant*

INDEXED AS: MONK CORP. v. ISLAND FERTILIZERS LTD.

File No.: 21647.

1991: January 30; 1991: April 18.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Maritime law — Jurisdiction — Federal Court — Parties entering into contract for supply of product to be imported by ship — Broker later bringing action for demurrage, delivery of excess cargo and cost of renting shore cranes — Whether claims within Federal Court's jurisdiction over Canadian maritime law — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22.*

*Courts — Jurisdiction — Federal Court — Maritime law — Parties entering into contract for supply of product to be imported by ship — Broker later bringing action for demurrage, delivery of excess cargo and cost of renting shore cranes — Whether claims within Federal Court's jurisdiction over Canadian maritime law — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22.*

Appellant entered into a contract for the supply of imported urea fertilizer to respondent. Following its delivery by ship, appellant brought an action against respondent claiming for excess product delivered, demurrage and the cost of renting shore cranes to discharge the ship. The Federal Court, Trial Division, found that it had jurisdiction to entertain the claims under s. 22(1) of the *Federal Court Act*, since they were integrally connected with Canadian maritime law, and awarded judgment in favour of appellant. A majority of the Federal Court of Appeal found that it had jurisdic-

**The Monk Corporation** *Appelante et intimée au pourvoi incident*

c.

**Island Fertilizers Limited** *Intimée et appelante au pourvoi incident*

b RÉPERTORIÉ: MONK CORP. c. ISLAND FERTILIZERS LTD.

N° du greffe: 21647.

1991: 30 janvier; 1991: 18 avril.

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

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit maritime — Compétence — Cour fédérale — Conclusion par les parties d'un contrat pour la fourniture d'un produit devant être importé à bord d'un navire — Le courtier intente par la suite une action pour le paiement de surestaries, pour le paiement de l'excédent de cargaison livré et pour le paiement du coût de location des grues de quai — Les demandes relèvent-elles de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 22.*

*Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Droit maritime — Conclusion par les parties d'un contrat pour la fourniture d'un produit devant être importé à bord d'un navire — Le courtier intente par la suite une action pour le paiement de surestaries, pour le paiement de l'excédent de cargaison livré et pour le paiement du coût de location des grues de quai — Les demandes relèvent-elles de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 22.*

L'appelante a conclu un contrat pour la fourniture à l'intimée d'engrais d'urée importé. Après la livraison, par navire, l'appelante a intenté contre l'intimée une action pour le paiement de l'excédent de produit livré, des surestaries et du prix de location de grues de quai aux fins du déchargement du navire. La Section de première instance de la Cour fédérale a conclu qu'elle avait compétence pour connaître des demandes en vertu du par. 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, puisqu'elles étaient entièrement liées au droit maritime canadien. Elle a en conséquence rendu jugement en faveur de l'ap-

tion only with respect to the claim relating to demurrage and allowed the appeal in part.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: Appellant's claims are within the Federal Court's jurisdiction. The second part of the definition of "Canadian maritime law" in s. 2 of the *Federal Court Act* provides an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters which should not be historically confined or frozen, and "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*: in determining whether a particular case involves a maritime or admiralty matter, encroachment on what is in "pith and substance" a matter falling within s. 92 must be avoided. The test for determining whether the subject matter is within maritime law requires a finding that it is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence.

In this case many of the undertakings by the parties relate to a contract of carriage by sea, which is clearly a maritime matter within the scope of maritime law. Further, the specific claims advanced are integrally connected to maritime matters rather than to the sale of goods, and so are not governed by the provincial *Sale of Goods Act*. All three claims have as their source respondent's obligation to discharge the cargo, which finds its roots in the contract of carriage aspects of the agreement between the parties. The draft survey technique used is uniquely maritime and confirms the general maritime nature of the unloading of cargo from a ship, as do the rules relating to bills of lading set out in the Schedule to the *Carriage of Goods by Water Act*. As discharge of cargo is a maritime matter, so is a breach of an obligation to discharge cargo.

Respondent assumed a maritime obligation—the discharge of cargo—in connection with the sale and purchase of the goods. Appellant's claims are maritime

pelante. La Cour d'appel fédérale à la majorité a décidé qu'elle ne pouvait connaître que de la demande relative aux surestaries et a accueilli l'appel en partie.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Les demandes de l'appelante relèvent de la compétence de la Cour fédérale. La seconde partie de la définition du «droit maritime canadien» à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit en matière maritime et d'amirauté une compétence illimitée qu'une méthode historique ne saurait autoriser à limiter ni à figer; au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. Le droit maritime canadien n'est limité que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte qu'en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, on doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière relevant de l'art. 92. Le critère permettant d'établir si la question examinée relève du droit maritime exige de conclure que cette question est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence fédérale.

En l'espèce, un grand nombre des engagements contractés par les parties ont trait à un contrat de transport par mer, ce qui est clairement une affaire maritime ressortissant au droit maritime. En outre, les revendications elles-mêmes sont entièrement liées aux affaires maritimes plutôt qu'à la vente de marchandises et échappent en conséquence à l'application de la *Sale of Goods Act* de la province. Chacune des trois demandes procède de l'obligation de l'intimée de décharger la cargaison, obligation qui résulte des modalités de l'entente entre les parties propres au contrat de transport. La méthode de la vérification des tirants d'eau qui a été utilisée a un caractère essentiellement maritime et vient confirmer la nature maritime générale du déchargement de la cargaison d'un navire, comme le font également les règles applicables au connaissement énoncées à l'annexe de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*. Puisque le déchargement de la cargaison est une affaire maritime, il en est de même pour la violation de l'obligation de décharger la cargaison.

L'intimée a assumé une obligation maritime—le déchargement de la cargaison—relativement à la vente et à l'achat des marchandises. Les demandes de l'appe-

in nature and are not in any way an encroachment of what is in "pith and substance" a matter falling within s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* While this Court has generally construed the Federal Court's jurisdiction narrowly, it has pursued an expansive method of interpretation with regard to Federal Court jurisdiction over maritime law. In determining whether a particular case involves a maritime matter, however, the court must avoid encroachment on what is in "pith and substance" a matter within exclusive provincial jurisdiction. It is therefore important to establish that the subject matter is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence.

In characterizing the claims raising the issue of jurisdiction, one must look at the essence of the arrangement between the parties. In this case the maritime or shipping aspects of the arrangement were incidental to a contract for the sale of goods, which is the dominant feature of the relationship between the parties. While certain terms of a maritime nature were used, the contract in fact operated merely to further the primary goal of the parties—the sale and delivery of goods. Quite independently of its contract with respondent, appellant entered into a contract for the carriage of the goods by sea. The fact that respondent undertook to pay a price that included the cost of freight and insurance and undertook to pay demurrage and the expense of discharge in no way alters the nature of the contract between the parties. Respondent undertook no obligation as to the actual carriage by sea. The contract entered into between the parties does not embody either a contract of carriage or a contract for insurance nor are the terms of these distinct relationships at issue in this case.

Appellant's claim is inseparable from the contract of sale. Even assuming that the discharge of cargo from a ship is a maritime matter, the claim here revolves around the contract price of the goods, not their discharge, and is in pith and substance a claim within provincial jurisdiction. The parties are properly character-

lante ont un caractère maritime et n'empiètent d'aucune façon sur ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière qui relève de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

a

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* Bien qu'elle ait d'une manière générale interprété strictement la compétence de la Cour fédérale, notre Cour a privilégié en ce qui concerne la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime une interprétation large. Toutefois, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime, la cour doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière qui relève de la compétence exclusive de la province. Il est donc important de démontrer que la question examinée est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

d

Pour caractériser des demandes soulevant la question de la compétence, il faut examiner au fond l'accord passé entre les parties. En l'espèce, les aspects maritimes de l'arrangement étaient accessoires à un contrat de vente de marchandises qui forme l'élément prédominant des rapports entre les parties. Bien que certaines clauses de caractère maritime aient été employées, le contrat ne servait en fait qu'à permettre aux parties d'atteindre leur but principal—la vente et la livraison de marchandises. Tout à fait indépendamment de son contrat avec l'intimée, l'appelante a passé un contrat pour le transport des marchandises par mer. Le fait que l'intimée ait convenu d'un prix d'achat qui comprenait le fret et le coût de l'assurance, ainsi que l'engagement qu'elle a pris de payer les surestaries et d'acquitter les frais de déchargement ne changent absolument rien à la nature du contrat intervenu entre les parties. L'intimée n'a contracté aucune obligation en ce qui concerne le transport par mer comme tel. Le contrat conclu entre les parties ne renferme pas de contrat de transport ni de contrat d'assurance, et les clauses ayant trait à ces rapports distincts ne sont pas contestées en l'espèce.

i

La réclamation de l'appelante est indissociable du contrat de vente. Même à supposer que le déchargement de la cargaison d'un navire relève du domaine maritime, la réclamation ici en cause concerne le prix des marchandises stipulé au contrat plutôt que leur déchargement et est, de par son caractère véritable, de celles qui

j



ized as acting in the respective capacities of buyer and seller, and there is no integral connection sufficient to pull matters within the Federal Court's jurisdiction over maritime law.

### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Applied:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; **referred to:** *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Robert Simpson Montreal Ltd. v. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher*, [1973] F.C. 1356.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157; *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675; *Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529; *Sumitomo Shoji Canada Ltd. v. The "Juzan Maru"*, [1974] 2 F.C. 488; *Kuhr v. The "Friedrich Busse"*, [1982] 2 F.C. 709; *Triglav v. Terrasses Jewelers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283.

### Statutes and Regulations Cited

*Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-27, Schedule, Arts. I, II, V, VI, VII.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(10), 92(13).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "Canadian maritime law", 22.  
*Sale of Goods Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. S-1, ss. 3(1), 27, 30, 32, 37, 49, 59.

### Authors Cited

Braën, André. «L'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ou comment

relèvent de la compétence provinciale. Les parties peuvent à bon droit être caractérisées comme agissant respectivement à titre d'acheteur et de vendeur, et il n'existe pas de lien intégral qui soit suffisant pour que l'affaire relève de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime.

### Jurisprudence

<sup>a</sup> Citée par le juge Iacobucci

<sup>b</sup> **Arrêt appliqué:** *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; **arrêts mentionnés:** *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Cie Robert Simpson Montréal Ltée. c. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher*, [1973] C.F. 1356.

<sup>c</sup> Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

<sup>d</sup> *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157; *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675; *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529; *Sumitomo Shoji Canada Ltd. c. Le «Juzan Maru»*, [1974] 2 C.F. 488; *Kuhr c. Le «Friedrich Busse»*, [1982] 2 C.F. 709; *Triglav c. Terrasses Jewelers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283.

### Lois et règlements cités

<sup>e</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(10), 92(13).  
<sup>f</sup> *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «droit maritime canadien», 22.  
<sup>g</sup> *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27, Annexe, art. I, II, V, VI, VII.  
<sup>h</sup> *Sale of Goods Act*, R.S.P.E.I. 1974, ch. S-1, art. 3(1), 27, 30, 32, 37, 49, 59.

### Doctrine citée

<sup>i</sup> Braën, André. «L'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ou comment

- écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec" (1987), 32 *McGill L.J.* 386.
- Carver, Thomas Gilbert. *Carver's Carriage by Sea*, 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens, 1982.
- Evans, John M. "Comments on Legislation and Judicial Decisions—Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124. <sup>a</sup>
- Evans, John M. and Brian Slattery. "Federal Jurisdiction—Pendent Parties—Aboriginal Title and Federal Common Law—Charter Challenges—Reform Proposals: *Roberts v. Canada*" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 817. <sup>b</sup>
- Glenn, H. Patrick. "Maritime Law—Federal Court Jurisdiction—Canadian Maritime Law—Relationship to Civil and Common Law: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 360. <sup>c</sup>
- Hogg, Peter W. "Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is There a Federal Common Law?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550.
- Laskin, John B. and Robert J. Sharpe. "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction" (1980), 30 *U.T.L.J.* 283. <sup>d</sup>
- Payne, William. *Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea*, 11th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1979. <sup>e</sup>
- Reif, Linda C. "A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372.
- Scott, Stephen A. "Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction" (1982), 27 *McGill L.J.* 137. <sup>f</sup>
- Scrutton, Thomas Edward, Sir. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*. 19th ed. By Sir Alan Abraham Mocatta, Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. London: Sweet & Maxwell, 1984. <sup>g</sup>
- Tetley, William. "Maritime Law Judgments in Canada—1979" (1981), 6 *Dalhousie L.J.* 676.
- Tetley, William. "The Buenos Aires Maru—Has the Whole Nature of Canadian Maritime Law Been Changed?" (1988), 10 *Sup. Ct L. Rev.* 399. <sup>h</sup>
- écarter l'application du droit civil dans un litige maritime au Québec» (1987), 32 *R.D. McGill* 386.
- Carver, Thomas Gilbert. *Carver's Carriage by Sea*, 13th ed. By Raoul Colinvaux. London: Stevens, 1982.
- Evans, John M. «Comments on Legislation and Judicial Decisions—Federal Jurisdiction — A Lamentable Situation» (1981), 59 *R. du B. can.* 124.
- Evans, John M. and Brian Slattery. «Federal Jurisdiction—Pendent Parties—Aboriginal Title and Federal Common Law—Charter Challenges—Reform Proposals: *Roberts v. Canada*» (1989), 68 *R. du B. can.* 817.
- Glenn, H. Patrick. «Maritime Law—Federal Court Jurisdiction—Canadian Maritime Law—Relationship to Civil and Common Law: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*» (1987), 66 *R. du B. can.* 360.
- Hogg, Peter W. «Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is There a Federal Common Law?» (1977), 55 *R. du B. can.* 550.
- Laskin, John B. and Robert J. Sharpe. «Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction» (1980), 30 *U.T.L.J.* 283.
- Payne, William. *Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea*, 11th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1979.
- Reif, Linda C. «A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372.
- Scott, Stephen A. «Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction» (1982), 27 *R.D. McGill* 137.
- Scrutton, Thomas Edward, Sir. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*. 19th ed. By Sir Alan Abraham Mocatta, Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Tetley, William. «Maritime Law Judgments in Canada—1979» (1981), 6 *Dalhousie L.J.* 676.
- Tetley, William. «The Buenos Aires Maru — Has the Whole Nature of Canadian Maritime Law Been Changed?» (1988), 10 *Sup. Ct L. Rev.* 399.
- APPEAL and cross-appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal (1989), 97 N.R. 384 reversing in part a judgment of the Federal Court, Trial Division (1988), 19 F.T.R. 220 allowing appellant's claim against respondent. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting. <sup>i</sup>
- POURVOI et pourvoi incident contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1989), 97 N.R. 384, qui a infirmé en partie un jugement de la Cour fédérale, Section de première instance (1988), 19 F.T.R. 220, qui a accueilli la demande de l'appelante contre l'intimée. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente. <sup>j</sup>

*David F. H. Marler*, for the appellant.

*David F. H. Marler*, pour l'appelante.

*David G. Colford*, for the respondent.

*David G. Colford*, pour l'intimée.

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

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

IACOBUCCI J.—The main question in this appeal and cross-appeal centres on the jurisdiction of the Federal Court of Canada in maritime matters. In particular, the issue is whether the appellant's action is simply one under an agreement for the sale of goods, in which case no jurisdiction in the Federal Court would attach; or whether the action can be characterized as that of a shipper against a consignee under a contract of carriage, in which case the claim is within the scope of Canadian maritime law and therefore within the jurisdiction of the Federal Court. To resolve this issue requires a consideration of the extent of "Canadian maritime law" as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and the breadth of the Federal Court's jurisdiction under s. 22 of the *Federal Court Act* to entertain the claim.

LE JUGE IACOBUCCI—La principale question dans les présents pourvoi et pourvoi incident vise la compétence de la Cour fédérale du Canada en matière maritime. Plus précisément, la question consiste à savoir si l'action de l'appelante relève simplement d'un contrat de vente de marchandises, auquel cas la Cour fédérale n'aurait aucune compétence en la matière, ou si l'action peut être considérée comme étant celle d'un chargeur contre le destinataire en vertu d'un contrat de transport de marchandises, auquel cas la réclamation relève du droit maritime canadien et, par conséquent, ressortit à la compétence de la Cour fédérale. Pour résoudre cette question, il faut rechercher l'ampleur du «droit maritime canadien» défini à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, ainsi que l'étendue de la compétence de la Cour fédérale à l'égard de l'action en vertu de l'art. 22 de cette loi.

### Facts

The appellant/plaintiff, The Monk Corporation (Monk), is an international resource commodities broker which specializes in supplying fertilizer materials. It entered into a contract for the supply of urea, a type of fertilizer, to the respondent/defendant, Island Fertilizers Limited (Island), a Prince Edward Island corporation that specializes in the purchase and sale of fertilizers.

On October 4, 1985, the parties commenced telephone negotiations for the sale and purchase of urea fertilizer to be shipped from the USSR on consignment to Island for discharge in three eastern seaports in Canada. The negotiations were largely conducted via telephone and telex. They resulted in an agreement, the essential terms of which were found by the trial judge to be contained in a telex, dated October 11, 1985, sent by Monk to Island. The content of that telex is as follows:

### Les faits

L'appelante/demanderesse, The Monk Corporation (Monk), est un courtier international en marchandises qui se spécialise dans la fourniture d'engrais. Elle a conclu un contrat visant la fourniture d'urée, un type d'engrais, à l'intimée/défenderesse, Island Fertilizers Limited (Island), société de l'Île-du-Prince-Édouard qui se spécialise dans l'achat et la vente d'engrais.

Le 4 octobre 1985, les parties ont entrepris des négociations téléphoniques en vue de la vente et de l'achat d'engrais à base d'urée devant être expédié à partir de l'URSS en dépôt à Island pour déchargement dans trois ports de mer de l'est du Canada. Les négociations se sont déroulées en grande partie au téléphone et par télex. Elles ont eu pour résultat une entente, dont le juge de première instance a déclaré que les modalités essentielles se trouvaient dans le télex en date du 11 octobre 1985, adressé par Monk à Island. Voici le libellé de ce télex:

ISLANDFERTCHTN  
OUR MSG NBR 62/72  
OCT 11, 85

ATT: MR. JOHN SCALES  
RE: UREA IN BULK

WE CONFIRM HAVING CONCLUDED TRANSACTION N SALE:

PRODUCT: UREA

QNTY: 11,000 +-5PCT MT.

DLY: OCT/LATEST DEC1, 85 3-PORT DISCHARGE/YR  
CONFIRMATION TLX.

ON A SELF GEARED VESSEL. BUYER GUARANTEE  
3,000MT DISCHARGE WWDSHEXUU.

DEMMURAGE [*sic*]/DISPATCH/C.P.

PRODUCT SPECS: 46PCT MIN N.

1PCT MAX BIURET

0.5PCT MAX MOISTURE

PRILLED-GRANULATION MIN 90PCT

1-3MM SIZE

PRICE: 107.50USD/MT CIF-FO TERMS.

IT HAS BEEN A PLEASURE DO [*sic*] DO BUSINESS WITH  
YOU.

WORKING TO OBTAIN CAN-2,500 MT. WL ADVISE.

REGDS,  
RUBIN SAIGAL  
THE MONK CORP.

As this telex was found by the learned trial judge to contain the essential terms of the agreement between Monk and Island, it may be helpful to explain some of the specified terms and abbreviations, which highlight the nature and extent of the arrangement between the parties.

The reference to "MT" is to "metric tonnes". The phrase "3-PORT DISCHARGE/YR CONFIRMATION TLX" refers to the fact that the ports of discharge were to be determined by Island and confirmed by a subsequent telex. The terms "DLY" and "SELF GEARED VESSEL" describe the obligation of the seller to provide delivery on a ship which is not self-discharging of bulk cargo, but which is fitted with derricks that can be utilized to discharge packages. In order to discharge bulk cargo, such as urea, shore cranes and clam buckets are required. The code "WWDSHEXUU" relates to the guaranteed discharge rate which was to be 3,000 metric tonnes per

[TRADUCTION] ISLANDFERTCHTN  
MESSAGE N° 62/72  
11 OCT 85

ATT: M. JOHN SCALES  
<sup>a</sup> OBJET: URÉE EN VRAC

CONFIRMONS TRANSACTION ET VENTE:

PRODUIT: URÉE

QTÉ: 11 000 +- 5 % TM.

<sup>b</sup> DÉLAI: OCT/PLUS TARD 1<sup>ER</sup> DÉC 85 3-PORTS  
DÉCHARGE/VOTRE CONFIRMATION TLX.  
SUR NAVIRE À MÂTS DE CHARGE, ACHETEUR  
GARANTIT DÉCHARGEMENT WWDSHEXUU  
3 000 TM.

<sup>c</sup> SURESTARIES/ENVOI/C.P.

CAR. DU PRODUIT: 46 % MIN N.

1 % MAX BIURET

0,5 % MAX HUMIDITÉ

GRANULATION-PARTICULES

PERLÉES -

<sup>d</sup> 90 % MIN DIM 1-3 MM

PRIX: 107,50 DUS/TM CLAUSE CAF-FO.

HEUREUX D'AVOIR FAIT AFFAIRE AVEC VOUS.  
<sup>e</sup> TENTONS D'OBTENIR TM 2 500 CAN. VS AVISERONS.

SALUTATIONS,  
RUBIN SAIGAL  
THE MONK CORP.

<sup>f</sup> Comme le juge de première instance a conclu que ce télex contenait les modalités essentielles de l'entente conclue entre Monk et Island, il peut être utile d'expliquer certains de ses termes et abréviations, qui soulignent la nature et l'étendue de l'entente entre les parties.

<sup>g</sup> La mention TM désigne des «tonnes métriques». <sup>h</sup> L'expression «3-PORTS DÉCHARGE/VOTRE CONFIRMATION TLX» signifie que les ports de décharge devaient être désignés par Island et confirmés dans un télex subséquent. Les termes «DÉLAI» et «NAVIRE À MÂTS DE CHARGE» <sup>i</sup> font allusion à l'obligation du vendeur d'assurer la livraison non pas sur un navire autodéchargeant, mais simplement sur un navire équipé de mâts de charge pouvant servir au déchargement de marchandises emballées. Le déchargement de la cargaison en vrac, comme l'urée, exige des grues de quai équipées de bennes preneuses. Le code «WWDSHEXUU»

day. The code itself means "Weather Working Days, Sundays and Holidays Excluded Unless Used". The initials "C.P." stand for "Charter-Party" in the context of demurrage and dispatch. Finally, the terms "CIF-FO" represent "Cost Insurance and Freight - Free-Out". The first three initials signify that the stated price, which was US\$107.50 per metric tonne, includes the cost of the goods as well as that of insuring and carrying them to the agreed ports of discharge. The last term, "Free-Out", refers to the fact that the cost and expense of discharging the vessel upon arrival at the ports of discharge is the responsibility of the consignee/purchaser, Island. It should be noted that the meaning of the terms "SELF GEARED VESSEL" and "FO" were agreed to by the parties by admissions filed with this Court.

It should be noted that Monk stated that its claims arose because Island contended at trial that the telex of October 11, 1985 (stipulating a self geared vessel) had been altered by subsequent discussions and agreements between the parties to the effect that Monk would use a self-discharging ship. The trial judge rejected Island's evidence in this respect and found that the telex of October 11, 1985 was not modified subsequently by the parties.

In order to carry out its part of the agreement, Monk entered into an agreement with the owners of the vessel *Super Spirit* for the carriage of the urea. Under the terms of the charter-party, Monk was to be responsible for any demurrage at points of delivery and for the costs of unloading the urea. The ship sailed from the USSR on November 11, 1985, and arrived at her first port, Saint John, New Brunswick, on November 29, 1985. Unloading difficulties ensued. They were occasioned by the fact that the urea was loaded into railway cars in order to facilitate Island's sale to one of its customers. As a result, the ship remained in port until December 5, 1985. The

désigne le rythme de déchargement garanti, qui devait être de 3 000 tonnes par jour. Le code lui-même signifie «jours de travail, temps permettant, dimanches et fêtes exceptés, sauf en cas d'utilisation» («Weather Working Days, Sundays and Holidays Excluded Unless Used»). Les initiales «C.P.» désignent la «Charte-partie» dans le contexte des surestaries et des primes de célérité. Enfin, l'abréviation «CAF-FO» tient lieu des mots «cost insurance and freight - free-out» («coût assurance et fret - franco déchargement»). Les trois premières lettres indiquent que le prix mentionné, soit 107,50 \$ U.S. la tonne, comprend le prix des marchandises aussi bien que ce qu'il en coûte pour les assurer et les transporter aux ports de décharge convenus. La dernière expression «Free-Out» («franco déchargement») fait allusion au fait que les frais et débours afférents au déchargement du navire à son arrivée aux ports de décharge sont la responsabilité de la destinataire/acheteuse, Island. Il convient de noter que le sens des expressions «NAVIRE À MÂTS DE CHARGE» et «FO» a été approuvé par les parties par voie d'admissions déposées auprès de notre Cour.

Il y a lieu de souligner que Monk a déclaré que ses revendications ont pris naissance parce que Island a prétendu au procès que le télex du 11 octobre 1985 (stipulant l'usage d'un navire à mâts de charge) avait été modifié par des discussions et des ententes subséquentes entre les parties selon lesquelles Monk utiliserait un navire autodéchargeant. Le juge de première instance a rejeté le témoignage de Island à cet égard et a conclu que le télex du 11 octobre 1985 n'avait pas été modifié subséquemment par les parties.

Afin de respecter ses obligations en vertu de l'entente, Monk a conclu un contrat visant le transport de l'urée avec les propriétaires du navire *Super Spirit*. Selon les termes de la charte-partie, Monk était tenu des surestaries aux points de livraison et des frais de déchargement de l'urée. Le navire a quitté l'URSS le 11 novembre 1985 et est arrivé à son premier port, Saint John (Nouveau-Brunswick) le 29 novembre 1985. Des problèmes de déchargement sont survenus, parce que l'urée a été chargée dans des wagons de chemin de fer afin d'en faciliter la vente par Island à l'un de ses clients. Par conséquent, le navire est resté au port jusqu'au 5 décembre 1985. Le lendemain, il

next day, the ship arrived at Halifax and remained there from the 6th to the 7th of December. From Halifax, she next went to Charlottetown where she stayed from the 9th to the 11th of December. Finally, she proceeded to her last port of call, Belledune, to discharge the balance of her cargo.

Following delivery of the fertilizer Monk claimed that it was owed money for excess product delivered, for demurrage at the port of Saint John, and for the cost of renting shore cranes used to unload the urea. In furtherance of those claims, Monk commenced an action against Island in the Federal Court of Canada, Trial Division.

### Issues

The issue which is before the Court in this appeal and cross-appeal concerns the question of Federal Court jurisdiction. Specifically, does the Trial Division of the Federal Court have jurisdiction to hear Monk's claims for demurrage, delivery of excess cargo and the cost of the shore cranes used to unload the cargo at the ports of discharge? This question turns not only upon the meaning of the relevant sections of the *Federal Court Act*, but also upon the characterization of the true nature of the matters in dispute between Monk and Island.

Section 22 of the *Federal Court Act* specifies the jurisdiction of the Federal Court and in so doing refers, *inter alia*, to "Canadian maritime law" which is defined in s. 2 of the Act. These provisions provide as follows:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

arrivait à Halifax, où il est demeuré les 6 et 7 décembre. Il s'est ensuite rendu de Halifax à Charlottetown, où il a mouillé du 9 au 11 décembre. Finalement, il s'est rendu à son dernier port d'escale, Belledune, pour que le reste de sa cargaison y soit déchargé.

Après la livraison d'engrais, Monk a soutenu qu'on lui devait de l'argent pour livraison excédentaire d'urée, pour surestaries au port de Saint John, et pour la location des grues de quai ayant servi au déchargement de l'urée. Pour donner suite à ses prétentions, Monk a intenté une action contre Island auprès de la Cour fédérale du Canada, Section de première instance.

### d Les questions en litige

La question sur laquelle doit se prononcer la Cour dans les présents pourvoi et pourvoi incident concerne la question de la compétence de la Cour fédérale. Plus précisément, il s'agit de savoir si la Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour juger l'action de Monk pour surestaries, excédent de marchandises livrées et coût des grues utilisées pour décharger la cargaison aux ports de décharge. L'essentiel de cette question tient non seulement au sens des articles pertinents de la *Loi sur la Cour fédérale*, mais aussi à la véritable nature que l'on reconnaît au litige opposant Monk et Island.

L'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* précise la compétence de la Cour fédérale et ce faisant il mentionne, notamment, le «droit maritime canadien», lequel est défini à l'art. 2 de la Loi. Ces articles prévoient ce qui suit:

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas—opposant notamment des administrés—où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

(i) any claim arising out of any agreement relating to the carriage of goods in or on a ship or to the use or hire of a ship whether by charter party or otherwise;

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship, including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

2. In this Act,

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

#### Judgments of the Federal Court

A. *Federal Court of Canada, Trial Division* (1988), 19 F.T.R. 220

In addressing the question of jurisdiction, McNair J. of the Federal Court, Trial Division, considered the reasoning of earlier cases dealing with the question of maritime jurisdiction, including the leading case of this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, and concluded (at p. 226)

... on the facts of the present case that the claims for relief made and the remedies sought relate to and are integrally connected with matters of Canadian maritime law in the modern context of commerce and shipping. In my opinion, the subject matter falls within the ambit of

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

i) une demande fondée sur une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire, à l'usage ou au louage d'un navire, notamment par charte-partie;

m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien, notamment en ce qui concerne l'acconage et le gabarage;

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

#### Jugements de la Cour fédérale

A. *Cour fédérale du Canada, Section de première instance*, T-2115-86, 5 juillet 1986\*

Se penchant sur la question de la compétence, le juge McNair, de la Cour fédérale, Section de première instance, a étudié le raisonnement suivi dans des décisions antérieures traitant de la compétence maritime, y compris l'arrêt de notre Cour qui fait autorité, *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, et il a conclu, à la p. 10:

D'après les faits de la présente espèce, je n'ai aucune hésitation à conclure que les demandes de redressement présentées sont entièrement liées aux affaires de droit maritime canadien, dans le contexte moderne du commerce et de la marine marchande. À mon avis, la ques-

\* Jugement publié en anglais à (1988), 19 F.T.R. 220.

s. 22(1) of the **Federal Court Act** with the result that the court has jurisdiction to entertain the claims.

If it were necessary to decide the point, I would be inclined to the view that the three claims are as well part and parcel of activities essential to the carriage of goods by sea and the operations flowing therefrom by which the parties agreed to be bound, so as to fall within the jurisdictional head of s. 22(2)(i) of the **Federal Court Act**. The contract between the parties incorporated by reference the terms of charterparty between the plaintiff and the owners of the vessel and clearly stipulated that the defendant was liable to pay for all discharging costs and expenses.

As a result, McNair J. awarded judgment in favour of Monk on all three claims in the amount of \$89,515.06, plus costs and interest, compounded annually.

*B. Federal Court of Appeal (1989), 97 N.R. 384*

Island's appeal against the decision of McNair J. to the Federal Court of Appeal was allowed in part. The Court of Appeal was divided over the issue of whether the contract between Monk and Island was maritime in nature and therefore fell within the Federal Court's jurisdiction. Hugessen J.A. agreed with McNair J. that the contract was one of a maritime nature and therefore the court had jurisdiction to hear all claims. Pratte J.A. held that only the claim for demurrage could be entertained. Desjardins J.A. was of the view that there was no jurisdiction to hear any of the claims as the contract's true characterization was really one of purchase and sale falling within civil matters and not maritime jurisdiction.

Hugessen J.A. was of the view that the telex that confirmed the arrangement between the parties was "in fact . . . an agreement to conclude a number of contracts and, while the most important of those is unquestionably the contract of sale (without it there would be no agreement at all), there are others which are also essential to the bargain made by the parties" (p. 390). He had no difficulty characterizing the

tion tombe sous le coup du paragraphe 22(1) de la Loi sur la Cour fédérale, en conséquence de quoi la cour a compétence pour connaître de l'action.

<sup>a</sup> S'il m'était nécessaire de trancher ce point, je serais enclin à dire que les trois demandes présentées en l'espèce font également partie intégrante des activités essentielles au transport des marchandises par voie maritime, et que les opérations qui en découlent et par lesquelles les parties sont convenues d'être liées tombent de même dans la catégorie de sujets visée à l'alinéa 22(2)i) de la Loi sur la Cour fédérale. Le contrat intervenu entre les parties incorpore par référence les conditions de la charte-partie liant la demanderesse aux propriétaires du navire et stipule clairement que la défenderesse est responsable de tous les coûts afférents au déchargement des marchandises.

<sup>b</sup> Par conséquent, le juge McNair a rendu jugement en faveur de Monk relativement à ses trois demandes pour la somme totale de 89 515,06\$, avec dépens et intérêts, composés sur une base annuelle.

*B. Cour d'appel fédérale, A-980-88, 6 juillet 1989\**

<sup>c</sup> L'appel interjeté par Island auprès de la Cour d'appel fédérale contre la décision du juge McNair a été accueilli en partie. La Cour d'appel était partagée sur la question de savoir si le contrat entre Monk et Island était de nature maritime et partant, relevait de la compétence de la Cour fédérale. Le juge Hugessen, était d'accord avec le juge McNair pour dire que le contrat était de nature maritime et que, par conséquent, la Cour avait la compétence nécessaire pour être saisie de toutes les demandes. Le juge Pratte a statué que seule la demande de surestaries pouvait être entendue. Le juge Desjardins, pour sa part, était d'avis qu'aucune des demandes ne ressortissait à la compétence de la Cour puisque le contrat était réellement un contrat d'achat et de vente, donc de nature civile plutôt que maritime.

<sup>d</sup> Le juge Hugessen, était d'avis que le télex qui a confirmé l'entente entre les parties constate «en fait une entente sur la conclusion de plusieurs contrats, et [. . .] même si le plus important de ces contrats est indubitablement le contrat de vente (sans lequel il n'y aurait aucune entente que ce soit), il en existe d'autres qui, eux aussi, sont essentiels au marché conclu entre les parties» (p. 10). Il n'a eu aucune dif-

\* Jugement publié en anglais à (1988), 97 N.R. 384.



arrangement between the parties as a maritime matter, falling within the scope of maritime law as “[v]irtually everything about the contract relates to the sea and maritime activities” (p. 390). Hugessen J.A. next considered whether Monk’s claims related solely to the agreement for the purchase and sale of the urea, in which case the law of contract would apply, or whether the claims flowed from maritime law. He was of the opinion that the claim for the overage flowed “directly from the maritime nature of the contract of carriage” because it was Island which undertook to “discharge the vessel and, therefore by implication, not to discharge more than he was entitled to” (p. 391). Likewise, the rental of the cranes was necessary for Island to meet its obligation to discharge the cargo. Finally, Hugessen J.A. was of the view that there could be no dispute that the claim for demurrage was clearly one relating to maritime law. Accordingly, he would have dismissed the appeal.

Although Pratte J.A. concurred with Hugessen J.A.’s view that the claim for demurrage fell within the Federal Court’s maritime jurisdiction, he was of the opinion that the claim for excess cargo was, in fact, a claim “for the price of goods sold and delivered”. Even though the goods were to be delivered by ship, and the quantity was measured by “draft survey” (described to this Court as a maritime application of the principle of Archimedes used by marine surveyors in the unloading of bulk cargo from ships), the contract was not thereby imbued with a maritime quality. Similarly he did not “see anything that could impart a maritime character” to the claim for the rental of the shore cranes.

Desjardins J.A. adopted the facts as stated in the reasons of Hugessen J.A., but disagreed with his characterization of the nature of the contract. She was of the opinion that the fact that Island took more urea than it was entitled to, because of the problems inherent in maritime carriage relating to weight and measure, did not make the claims for the excess a mari-

ficulté à qualifier l’entente entre les parties de matière maritime relevant du droit maritime puisque «[t]ous les aspects de ce contrat sont virtuellement reliés à la mer et aux activités maritimes» (p. 11). Le juge Hugessen s’est ensuite demandé si les revendications de Monk ne visaient que l’entente relative à l’achat et à la vente de l’urée, ce qui les ferait relever du droit applicable aux contrats, ou si elles découlaient plutôt du droit maritime. Il était d’avis que la demande relative au surplus procédait «directement de la nature maritime du contrat de transport» parce que c’est Island qui s’était engagée à «décharger le navire, convenant donc implicitement de ne pas décharger une quantité supérieure à celle à laquelle elle avait droit» (p. 13). Il en va de même pour la demande relative à la location des grues de quai; ces dernières étaient nécessaires pour permettre à Island de respecter son obligation de décharger la cargaison. Enfin, le juge Hugessen, a estimé qu’il ne faisait aucun doute que la demande de surestaries relevait du droit maritime. Par conséquent, il était d’avis de rejeter l’appel.

Bien que le juge Pratte, était d’accord avec le juge Hugessen, pour dire que la demande de surestaries ressortissait à la compétence de la Cour fédérale en matière maritime, il a jugé que la demande relative à l’excédent de marchandises était en réalité une demande «concernant le prix de marchandises vendues et délivrées». Le fait que les marchandises devaient être livrées par bateau et que leur quantité devait être déterminée par la «vérification des tirants d’eau» (on a expliqué à notre Cour que cette méthode était une application maritime du principe d’Archimède utilisée par les experts maritimes pour le déchargement de la cargaison en vrac) ne suffisait pas à conférer au contrat un caractère maritime. De la même façon, le juge Pratte, ne voyait «rien qui puisse conférer un caractère maritime» à la demande relative à la location des grues de quai.

Le juge Desjardins a adopté les faits tels que le juge Hugessen les a exposés dans ses motifs, mais elle n’était pas de son avis sur la qualification de la nature du contrat. À son sens, le fait que Island ait pris plus d’urée qu’elle en avait demandé parce que l’évaluation de son poids présentait certaines difficultés, inhérentes au transport maritime, ne donnait

time contract. She was also of the view that the claims for demurrage and the rental of the cranes were civil matters relating to the sale of goods and that the Federal Court had no jurisdiction to hear any of the claims.

### Submissions Before This Court

Monk argued that there was only one issue to be resolved, and that concerned the sort of activity that would fall within the jurisdiction of the Federal Court in maritime matters. In this regard, Monk submitted that the leading case remains this Court's decision in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, *supra*, and that it ought to be applied to the case at bar.

In relation to the characterization of the agreement between Monk and Island, Monk made a number of submissions in support of its main contention that the agreement was maritime in substance and that the Federal Court had properly exercised its jurisdiction. Monk submitted that this Court's jurisprudence has been instrumental in determining the extent of the Federal Court of Canada's maritime jurisdiction, and cited in this regard *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683, as well as *ITO*, *supra*. Both cases were cited by Monk for the proposition that the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. Accordingly, a rather broad and liberal interpretation ought to pertain when considering the nature of the activity and the accompanying claim being made.

Monk argued that the determination of whether or not an activity is maritime in nature depends upon an examination of the activity in question. If it is clear that the activity in question is maritime, then other factors such as sale of goods are extraneous. Monk conceded that the only caveat to this scheme is that the court must, according to *ITO*, avoid encroaching upon an area that is in "pith and substance" one of property and civil rights or any other matter that touches upon exclusive provincial jurisdiction as pro-

pas pour autant à la demande relative à l'excédent de marchandises le caractère d'un contrat maritime. Le juge Desjardins était également d'avis que les demandes ayant trait aux frais de surestaries et à la location des grues étaient des demandes de nature civile concernant la vente de marchandises et que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour en connaître.

### <sup>b</sup> Les observations faites à la Cour

Monk a soutenu qu'une seule question était à résoudre, celle de savoir quelle sorte d'activité ressortirait à la compétence de la Cour fédérale en matière maritime. À cet égard, Monk a affirmé que l'arrêt de notre Cour *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, précité, faisait toujours autorité et qu'il devrait s'appliquer à l'espèce.

Pour ce qui est de la qualification de l'entente entre Island et Monk, cette dernière a fait certaines observations à l'appui de sa prétention principale voulant que l'entente soit de nature maritime et que la Cour fédérale ait à bon droit exercé sa compétence. Monk a fait valoir que les arrêts de notre Cour avaient aidé à établir l'étendue de la compétence maritime de la Cour fédérale du Canada, et elle a cité à cet égard l'arrêt *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, aussi bien que l'arrêt *ITO*, précité. Monk a cité ces deux arrêts à l'appui de la thèse selon laquelle les mots «maritime» et «amirauté» devraient être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. Par conséquent, on devrait accorder une interprétation assez large et libérale à la nature de l'activité en cause et de la demande à laquelle elle a donné lieu.

Monk a soutenu que pour établir si une activité a un caractère maritime ou non, il faut examiner l'activité en question. S'il est clair que l'activité est maritime, d'autres facteurs telle la vente de marchandises sont alors sans pertinence. Monk a concédé que la seule mise en garde à faire au sujet de cette proposition, c'est que le tribunal doit, conformément à l'arrêt *ITO*, éviter d'empiéter sur ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre

vided for by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Such a situation could arise, Monk submitted, where the maritime aspect was so peripheral that it could not be given separate status, which, they argued, was not the case here. Applying this test to the case at bar, Monk invited this Court to conclude that the sale of goods aspect was not relevant to the issues being litigated, which relate solely to the carriage and discharge of cargo, both of which were maritime in nature. While Monk admitted that the sale of goods was integrally bound up with the maritime aspect of the contract between Monk and Island, Monk drew attention to the fact that under the terms of the contract Island undertook a maritime activity, i.e. the discharge of cargo, and that as a consequence, all of Monk's claims flowed from the breach of that maritime undertaking.

With regard to the Federal Court's jurisdiction, Monk submitted that s. 22(1) in combination with s. 2 of the *Federal Court Act* was sufficient to establish jurisdiction. In the alternative, Monk submitted that its claims are specifically listed in s. 22(2)(i) of the *Federal Court Act*, if one accepted that the maritime aspects of the agreement could be severable from the purchase/sale aspects.

Island's submissions were premised upon an argument which stressed the civil, i.e. contractual, nature of the relationship between Island and Monk which would thereby characterize the agreement as being one related to property and civil rights. In doing so, Island emphasized that the true maritime nature of the transaction was properly between Monk and the owners of the *Super Spirit*, Superchart I/S, with whom Monk had a charter-party.

In advancing its argument, Island reviewed in this Court much of the evidence placed before the trial judge in order to characterize what was, in their submission, the true nature of the claims. At a substantive level, Island argued that the trial judge, as well as Pratte and Hugessen J.J.A., had ignored McIntyre J.'s caveat in *ITO, supra*, at p. 774, that a court,

question qui relève essentiellement de la compétence exclusive des provinces en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon Monk, une telle situation pourrait se présenter si l'aspect maritime était si accessoire qu'il ne saurait avoir un caractère propre, ce qui, à son avis, n'est pas le cas en l'espèce. Appliquant ce critère à l'espèce, Monk a demandé à notre Cour de conclure que l'aspect de la question portant sur la vente de marchandises n'était pas pertinent dans les points en litige, qui ne visent que le transport et le déchargement de marchandises, deux matières de nature maritime. Bien que Monk ait admis que la vente de marchandises était intégralement liée à l'aspect maritime du contrat entre elle et Island, elle a souligné le fait que selon les modalités du contrat, Island s'est chargée d'une activité maritime, soit le déchargement de la cargaison, et qu'en conséquence, toutes les demandes de Monk découlaient de la rupture de ce contrat maritime.

Monk a avancé, relativement à la compétence de la Cour fédérale, que le par. 22(1), de concert avec l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, suffisait à établir cette compétence. Subsidiairement, Monk a fait valoir que ses demandes sont expressément mentionnées à l'al. 22(2)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*, si l'on reconnaît que l'aspect maritime du contrat peut se dissocier de son aspect achat et vente.

Les observations de Island reposaient sur un argument qui soulignait la nature civile, c'est-à-dire contractuelle, des rapports entre Island et Monk, ce qui ferait donc croire que l'entente avait trait à la propriété et aux droits civils. Ce faisant, Island a insisté qu'en fait, la nature maritime réelle de l'opération existait entre Monk et les propriétaires du *Super Spirit*, Superchart I/S, avec lesquels Monk avait conclu une charte-partie.

En avançant cet argument, Island a passé en revue devant notre Cour une grande partie des éléments de preuve présentés au juge de première instance afin de qualifier ce qu'était, selon elle, la véritable nature des demandes. S'adressant au fond de l'affaire, Island a fait valoir que le juge de première instance, aussi bien que les juges Pratte et Hugessen, de la Cour d'appel fédérale, n'avaient pas fait de cas de la mise en garde du juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, précité, à la p. 774, selon laquelle la cour,

... in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in "pith and substance" a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

It was Island's contention that, if this caveat were properly applied to the facts of the case, there could be no mistaking the civil character of the parties' relationship and the ensuing conclusion that the claims are better characterized as being, in "pith and substance", civil in nature. Accordingly, the Federal Court lacked jurisdiction to hear the case and the claims ought to be adjudicated according to the *Sale of Goods Act* of Prince Edward Island, R.S.P.E.I. 1974, c. S-1.

Island further submitted that Monk's alternative ground relating to s. 22(2)(i) of the *Federal Court Act* amounted to a misconstruction of the Act and that the section applies only to the seller and to the owner of a ship in which the goods are being carried and not to the buyer of those goods. As a result, Island by its cross-appeal contended that the Federal Court has no jurisdiction to entertain any of Monk's claims.

### Analysis

The jurisdiction of the Federal Court, Trial Division to hear Monk's claims against Island must be found in s. 22(1) of the *Federal Court Act* cited above, which in turn leads to the definition of "Canadian maritime law" as set forth in s. 2 of the Act. A consideration of the scope and application of that definition necessitates a review of this Court's decision in *ITO, supra*, which has been followed in a number of recent decisions of the Court. See: *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, *supra*, and *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, December 20, 1990. (For helpful commentary, see: H. Patrick Glenn, "Maritime Law—Federal Court Jurisdiction—Canadian Maritime Law—Relationship to Civil and Common Law: *ITO—International Terminal Opera-*

... en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

De l'avis de Island, si cette mise en garde était correctement appliquée aux faits de l'espèce, on ne saurait se méprendre sur le caractère civil des rapports entre les parties et sur la conclusion consécutive que les demandes sont plus justement qualifiées comme étant, «de par [leur] caractère véritable», de nature civile. Par conséquent, la Cour fédérale n'aurait pas la compétence nécessaire pour être saisie de l'affaire et il devrait être statué sur les demandes conformément à la *Sale of Goods Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1974, ch. S-1.

Island a en outre affirmé que le moyen subsidiaire de Monk faisant appel à l'al. 22(2)i) de la *Loi sur la Cour fédérale* procédait d'une mauvaise interprétation de la Loi, et que cet article ne s'applique qu'au vendeur et au propriétaire du navire qui transporte les marchandises et non à l'acheteur de ces dernières. Par conséquent, Island a, dans son pourvoi incident, prétendu qu'aucune des demandes de Monk ne relève de la compétence de la Cour fédérale.

### Analyse

La compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale de statuer sur les demandes de Monk contre Island doit se trouver au par. 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, précitée, lequel à son tour mène à la définition de l'expression «droit maritime canadien» qui figure à l'art. 2 de la Loi. L'étude de l'application et de l'étendue de cette définition implique l'examen de la décision de notre Cour dans l'affaire *ITO*, précitée, qui a été suivie dans un certain nombre d'arrêts récents de la Cour. Voir: *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, précité, et *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273. (On trouvera aussi d'utiles commentaires dans les articles suivants: H. Patrick Glenn, «Maritime Law—Federal Court Jurisdiction—Canadian Maritime Law—Relationship to

*tors Ltd. v. Miida Electronics Inc.*” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 360; André Braën, “L’arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ou comment écarter l’application du droit civil dans un litige maritime au Québec” (1987), 32 *McGill L.J.* 386; Linda Reif, “A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause” (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372; William Tetley, “The Buenos Aires Maru—Has the Whole Nature of Canadian Maritime Law Been Changed?” (1988), 10 *Sup. Ct L. Rev.* 399; and John Evans and Brian Slattery, “Federal Jurisdiction—Pendent Parties—Aboriginal Title and Federal Common Law—Charter Challenges—Reform Proposals: *Roberts v. Canada*” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 817.)

In *ITO*, Mitsui, a marine carrier, transported electronic calculators by sea from Japan to Montréal where Miida was to take delivery. Mitsui had arranged for the calculators, on arrival, to be picked up and stored for a short term by the defendant *ITO*, a stevedoring and terminal operating company. Many cartons of calculators were stolen from the defendant *ITO*’s shed as a result of the alleged negligence of *ITO*. Miida sued Mitsui and *ITO*, and the issue, in so far as it concerns us in this case, was whether the action against *ITO* could be brought in the Federal Court, Trial Division. This depended on whether *ITO*’s liability was to be decided pursuant to the civil law of Quebec where the loss of cartons took place or under the common law of bailment which has been incorporated into Canadian maritime law.

McIntyre J., writing for the majority, concluded that the claim against *ITO* was not within the meaning of the first branch of the definition of Canadian maritime law, i.e. the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act, 1970*, or any other statute, but went on to decide that the claim against *ITO* fell within the second branch of the definition in s. 2, namely:

Civil and Common Law: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*» (1987), 66 *R. du B. can.* 360; André Braën, «L’arrêt *ITO-International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, ou comment écarter l’application du droit civil dans un litige maritime au Québec» (1987), 32 *R.D. McGill* 386; Linda Reif, «A Comment on *ITO Ltd. v. Miida Electronics Inc.*—The Supreme Court of Canada, Privity of Contract and the Himalaya Clause» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 372; William Tetley, «The Buenos Aires Maru – Has the Whole Nature of Canadian Maritime Law Been Changed?» (1988), 10 *Sup. Ct L. Rev.* 399; et John Evans et Brian Slattery, «Federal Jurisdiction—Pendent Parties—Aboriginal Title and Federal Common Law—Charter Challenges—Reform Proposals: *Roberts v. Canada*» (1989), 68 *R. du B. can.* 817.)

Dans l’affaire *ITO*, Mitsui, transporteur maritime, transportait par mer des calculatrices électroniques du Japon à Montréal où Miida devait en prendre livraison. Mitsui avait pris des mesures pour que la défenderesse, *ITO*, manutentionnaire acconier, prenne livraison des calculatrices à leur arrivée et les entrepose à court terme. De nombreuses caisses de calculatrices ont été volées dans les hangars de la défenderesse *ITO* à la suite de ce qui aurait été sa négligence. Miida a poursuivi Mitsui et *ITO*, et la question, dans la mesure où elle nous concerne en l’espèce, était de savoir si l’action pouvait être soumise à la Section de première instance de la Cour fédérale. Pour répondre à cette question, il fallait décider si la responsabilité de *ITO* devait être déterminée conformément au droit civil du Québec où s’était produit le vol des caisses, ou conformément aux règles de la common law en matière de dépôt qui ont été incorporées dans le droit maritime canadien.

Le juge McIntyre, qui rédigeait pour la majorité, a conclu que l’action contre *ITO* ne se rattachait pas au premier volet de la définition du droit maritime canadien, c’est-à-dire le droit dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa juridiction d’amirauté, en vertu de la *Loi sur l’Amirauté, 1970*, ou de quelque autre loi, mais il a ensuite conclu que l’action contre *ITO* relevait du second volet de la définition donnée à l’art. 2, à savoir:

... [the law] that would have been so administered if [the Exchequer] Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

Reduced to their essentials for purposes of this appeal, the reasoning and conclusions of McIntyre J. were as follows (at pp. 774-76):

(1) The second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law provides an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters which should not be historically confined or frozen, and “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping.

(2) Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*, such that, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, encroachment on what is in pith and substance a matter falling within s. 92 of the *Constitution Act* is to be avoided.

(3) The test for determining whether the subject matter under consideration is within maritime law requires a finding that the subject matter is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence.

(4) The “connecting factors” with maritime law were the proximity of the terminal operation to the port of Montréal, the connection between the terminal operator in activities within the port area and the contract of carriage by sea, and the fact that the storage in issue in the case was short term pending final delivery to the consignee, Miida.

McIntyre J. then concluded that the claims of Miida were within the Federal Court’s jurisdiction.

Applying the principles and approach of *ITO* to the case at bar, one must begin by asking whether the claims made by Monk are so integrally connected to

... [le droit]—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—[...] qui en aurait relevé si [la Cour de l’Échiquier] avait eu, en cette qualité [de juridiction de l’Amirauté], compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté.

Réduits à leurs éléments essentiels aux fins du présent pourvoi, le raisonnement et les conclusions du juge McIntyre sont les suivants (aux pp. 774 à 776):

(1) La seconde partie de la définition du droit maritime canadien à l’article 2 prévoit une compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté, qu’une méthode historique ne saurait autoriser à limiter ni à figer; au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.

(2) Le droit maritime canadien n’est limité que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*, de sorte qu’en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d’amirauté, on doit éviter d’empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière relevant de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle*.

(3) Le critère permettant d’établir si la question examinée relève du droit maritime exige de conclure que cette question est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

(4) Les «facteurs de liaison» dont dépend la nature maritime de l’espèce sont la proximité du port de Montréal des activités d’acconage, le rapport qui existe entre les activités de l’acconier dans la zone portuaire et le contrat de transport maritime, et le fait que l’entreposage en cause était à court terme en attendant la livraison finale des marchandises à la destinataire, Miida.

Le juge McIntyre a alors conclu que les demandes de Miida relevaient de la compétence de la Cour fédérale.

Lorsque l’on applique à l’espèce les principes et l’approche adoptés dans l’arrêt *ITO*, on doit tout d’abord se demander si les prétentions de Monk sont

maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence. To answer this question, it is important first to focus on the agreement between the parties in order to ascertain the nature and context of the claims in question, and second, to ascertain whether the claims are maritime under the *ITO* analysis.

The agreement between Monk and Island is set forth in the telex of October 11, 1985, which contained, as found by the trial judge, "the essential terms of the contract". Upon close examination, the telex clearly has, in my view, two distinguishable aspects: one sale of goods, and the other maritime. With respect, I cannot agree with the finding of Hugessen J.A. that the telex contained several contracts. It seems to me that the telex and the consideration flowing between the parties support only one contract which includes a number of different obligations or undertakings related to that one contract. I prefer to say that the telex contained many undertakings or terms, some of which relate to the sale of goods aspects of the contract, and others of which relate to the contract of carriage which constitute the maritime nature of the agreement between the parties.

With respect to the undertakings or terms relating to the sale of goods, one can point to the provisions of the telex dealing with the type of goods sold, the quality and quantity, the price, and the time for delivery. But at the same time, many of the undertakings in the telex relate to a number of matters that are clearly maritime in nature. For example, Monk agreed to obtain marine insurance and there is no doubt that any claim ensuing from such insurance would be governed by Canadian maritime law. Equally so are the undertakings in the telex that relate to a contract of carriage by sea. Monk was obliged to arrange for the chartering of a "self geared vessel" which was to sail to three destinations as determined by Island. Island, by the F.O. or free-out term, agreed to unload the urea upon delivery with a specified rate of discharge. This undertaking was reinforced by Island agreeing to assume responsibility for any demurrage and being entitled to take the benefit of

entièrement liées aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. Pour répondre à cette question, il importe premièrement de se pencher sur l'entente entre les parties afin de constater la nature et le contexte des demandes en cause, et deuxièmement, de s'assurer si ces dernières ont un caractère maritime conformément à l'analyse faite dans l'arrêt *ITO*.

L'entente entre Monk et Island est exposée dans le télex du 11 octobre 1985 qui contenait, comme l'a conclu le juge de première instance, «les conditions essentielles du contrat». Un examen attentif du télex permet de dégager clairement, à mon avis, deux aspects distincts: l'un qui touche à la vente de marchandises et l'autre qui est maritime. Avec égards, je ne saurais être d'accord avec le juge Hugessen, qui a conclu que le télex renfermait plusieurs contrats. Il me semble en effet que le télex et la contrepartie dont ont convenu les parties ne révèlent l'existence que d'un seul et unique contrat, lequel comprend différents engagements et obligations qui lui sont propres. Je préfère dire que le télex comprenait plusieurs engagements ou modalités, dont certains ont trait à l'aspect vente de marchandises du contrat, et d'autres visent le contrat de transport qui donne son caractère maritime à l'entente entre les parties.

Les dispositions du télex qui traitent du genre de marchandises vendues, de leur qualité et quantité et de leur prix, ainsi que du moment de leur livraison constituent les engagements ou modalités du contrat afférents à la vente de marchandises. Par contre, un grand nombre des engagements du télex visent des matières qui sont clairement de nature maritime. Ainsi, Monk a convenu d'obtenir une assurance maritime, et il ne fait aucun doute que toute demande découlant de cette assurance serait régie par le droit maritime canadien. Il en est de même des engagements dans le télex qui ont trait à un contrat de transport maritime. Monk était tenu de prendre des mesures en vue de l'affrètement d'un «navire à mâts de charge» qui devait se rendre aux trois ports de décharge désignés par Island. Celle-ci, selon la clause F.O. ou franco déchargement, a convenu de décharger l'urée à l'arrivée selon un rythme convenu de déchargement. Cet engagement s'est trouvé renforcé

any dispatch, in each case according to rates determined in the charter-party. In my view, these undertakings are terms that would be found in a contract of carriage by sea which is clearly a maritime matter within the scope of maritime law as defined by *ITO*.

Indeed, I agree with Hugessen J.A. when he said that the "connecting factors", as I have called them, to maritime law in this case are stronger than they were in *ITO* itself. I also agree with Hugessen J.A. when he stated at pp. 390-91:

Virtually everything about the contract relates to the sea and maritime activities. It does not become less maritime because it is dependent upon the making of the agreement for purchase and sale. Why should it? There is nothing very startling about what has happened here. Underlying most contracts of carriage by sea (usually evidenced by a bill of lading) is an ordinary commercial contract of sale. People do not ship goods across the seas for the pleasure of the thing but from the commercial necessity of delivering them to customers or receiving them from suppliers. Questions relating to the performance of the contract of carriage are governed by maritime law, whatever may be the law governing the sale. A buyer whose title to the goods derives from the endorsement of a bill of lading is vested with the rights and subject to the liabilities of the contract of carriage. (See *Bills of Lading Act*, R.S.C. 1985, c. B-5).

To conclude on this first point, many of the undertakings in the telex relate to a contract of carriage, which is, in my view, clearly a maritime matter within the scope of maritime law. However, under the *ITO* reasoning of McIntyre J., it is not enough to show that maritime undertakings are involved, rather it must be shown that the specific claims advanced are integrally connected to maritime matters because if they are so connected to the sale of goods, they will be governed, as Island argues, by the provisions of the *Sale of Goods Act* of Prince Edward Island.

du fait que Island a accepté d'être responsable de la surestaries et de bénéficier d'une prime de rapidité, le cas échéant, selon des taux précisés dans la charte-partie. J'estime que ces engagements sont des modalités susceptibles d'apparaître dans un contrat de transport maritime, lequel est clairement une affaire maritime relevant du droit maritime selon la définition qu'en donne l'arrêt *ITO*.

En effet, je suis d'accord avec le juge Hugessen, lorsqu'il dit que les «facteurs de liaison», comme je les ai appelés, avec le droit maritime en l'espèce sont considérablement plus forts que ceux que l'on trouve dans l'arrêt *ITO*. Je suis aussi d'accord avec le juge Hugessen, lorsqu'il a dit aux pages 11 et 12:

Tous les aspects de ce contrat sont virtuellement reliés à la mer et aux activités maritimes. Son caractère maritime n'est en rien atténué par le fait que ce contrat dépende de la conclusion du contrat d'achat et de vente. Pourquoi devrait-il l'être? Les circonstances de la présente affaire n'ont rien d'extraordinaire. La plupart des contrats de transport maritime (qui se trouvent habituellement constatés par un connaissement) procèdent d'un contrat commercial ordinaire de vente. Les personnes qui font transporter des marchandises par delà les mers ne le font pas pour leur seul plaisir: elles le font en raison de la nécessité commerciale de livrer ces marchandises à leurs clients ou de les recevoir de leurs fournisseurs. Les questions relatives à l'exécution du contrat de transport sont régies par le droit maritime, quelle que soit la loi régissant la vente. Un acheteur dont le titre à des marchandises découle de l'endossement d'un connaissement est saisi des droits et assujetti aux obligations que prévoit le contrat de transport. (Voir la *Loi sur les connaissements*, L.R.C. (1985), ch. B-5).

Pour en terminer avec ce premier point, un grand nombre des engagements constatés par le télex ont trait à un contrat de transport, qui est à mon sens clairement une affaire maritime ressortissant au droit maritime. Cependant, selon le raisonnement suivi par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, il ne suffit pas de démontrer l'existence d'engagements de caractère maritime, encore faut-il prouver que les revendications elles-mêmes sont entièrement liées aux affaires maritimes car si elles sont liées de cette façon à la vente de marchandises, elles seront régies, comme le soutient Island, par les dispositions de la *Sale of Goods Act* de l'Île-du-Prince-Édouard.



The claims of Monk include money owed for excess product delivered, demurrage at the port of Saint John, and the cost of renting cranes used to unload the urea. Put briefly, the claims cannot properly be viewed as relating to questions encompassed by sale of goods issues such as capacity of the parties to contract, price, quality and so on. All of Monk's claims have as their source the obligation of Island to discharge the cargo as expressed in the telex by the F.O. term, which is normally associated with a contract of carriage by sea.

The claim for excess product delivered relates directly to the obligation of Island to discharge the cargo. In effect, the claim asserts that Island discharged improperly because it took more than it should have. Put another way, the underlying activity to which the claim for excess product delivered relates is the discharge of cargo, which finds its roots in the contract of carriage undertakings between the parties and not in the contract of sale aspects of the telex. Some added support for this view is found when one looks to the draft survey technique used to discharge the cargo. This method is uniquely maritime in nature and serves to confirm the general maritime nature of the activity involved in unloading cargo from a ship.

Similarly with the claim for demurrage, its maritime character, as Pratte J.A. found, cannot be denied. Demurrage relates directly to the discharge of a vessel's cargo, again in this case finding its source in the contract of carriage aspects of the agreement entered into between the parties. The nature and scope of demurrage is clearly a topic that is defined and informed by maritime law considerations.

With respect to the renting of the cranes, Monk seeks reimbursement for the costs of the rental on the basis of the obligation of Island to be responsible for the discharge of the cargo. As the trial judge found, the parties agreed in their telex to have a self-geared vessel transport the cargo; and this kind of ship could not discharge the cargo unaided. Therefore the use of shore cranes was necessary to fulfill the discharge of

Les demandes de Monk comprennent des sommes dues pour un excédent de marchandises livrées, des surestaries au port de Saint John et le coût de location des grues utilisées pour le déchargement de l'urée. Bref, on ne peut correctement considérer que les demandes ont trait à des questions ressortissant à la vente de marchandises, comme la capacité des parties de contracter, le prix, la qualité, et ainsi de suite. Toutes les demandes de Monk procèdent de l'obligation de Island de décharger la cargaison, constatée dans le télex par la clause F.O., laquelle est normalement associée à un contrat de transport maritime.

La demande relative à l'excédent de marchandises livrées se rapporte directement à l'obligation de Island de décharger la cargaison. De fait, la demande fait valoir que Island a déchargé incorrectement la cargaison parce qu'elle a pris plus de marchandises qu'elle n'aurait dû. En d'autres termes, l'activité sous-jacente à laquelle se rapporte la demande pour excédent de marchandises livrées est le déchargement de la cargaison, qui procède des engagements du contrat de transport conclu entre les parties et non des aspects du télex relatifs au contrat de vente. Ce point de vue se trouve renforcé si l'on tient compte de la méthode de la vérification des tirants d'eau utilisée dans le déchargement de la cargaison. Cette méthode, au caractère essentiellement maritime, vient confirmer la nature maritime générale de l'activité consistant à décharger la cargaison d'un navire.

Il en va de même pour la demande de surestaries; son caractère maritime, comme l'a conclu le juge Pratte, ne saurait être nié. En effet, la surestarie a directement trait au déchargement de la cargaison d'un navire, activité qui procède aussi en l'espèce des modalités de l'entente entre les parties propres au contrat de transport. La nature et l'étendue des surestaries est clairement un sujet défini et précisé par des considérations touchant au droit maritime.

Pour ce qui est de la location des grues, Monk cherche à s'en faire rembourser les frais en invoquant l'obligation de Island d'assurer le déchargement de la cargaison. Comme l'a conclu le juge de première instance, les parties ont convenu dans leur télex de faire transporter les marchandises à bord d'un navire à mâts de charge. Or, ce type de navire ne pouvait décharger la cargaison sans assistance, d'où la néces-

cargo obligation agreed upon in the telex between the parties. In my view, the activity of employing shore cranes to discharge a ship's cargo has even more of a proximity with a contract of carriage and maritime matters than the short-term storage of goods was found to have by McIntyre J. in *ITO*.

In short, the underlying activity to which the claims of Monk relate was the discharge of cargo, which was an obligation on Island arising from the contract of carriage aspects of the agreement between the parties and which had a maritime character.

That discharge of cargo is properly a maritime matter is emphasized when one examines the Rules relating to bills of lading as set out in the Schedule to the *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C., 1985, c. C-27. Many of the provisions of those Rules specifically mention "discharge of goods" and in doing so clearly import the maritime nature of that activity. For example, the definition of "carriage of goods" in Article I is stated as covering the period from the time when the goods are loaded on to the time when they are discharged from the ship. Article II dealing with "Risks" provides:

Subject to the provisions of Article VI, under every contract of carriage of goods by water the carrier, in relation to the loading, handling, stowage, carriage, custody, care and discharge of such goods, shall be subject to the responsibilities and liabilities and entitled to the rights and immunities hereinafter set forth. [Emphasis added.]

Other articles also refer to "discharge". (See Article V, Surrender of Rights and Immunities, and Increase of Responsibilities and Liabilities; Article VI, Special Conditions; and Article VII, Limitations on the Application of the Rules). In addition, a perusal of some of the major works on maritime law reveals the essentially maritime nature of discharge of cargo: see *Carver's Carriage by Sea* (13th ed. 1982), Vol. 2, at pp. 1061 to 1109; *Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea* (11th ed. 1979), at pp. 122 to 152; and *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19th ed. 1984), at pp. 292 to 304. (See also the views of

sité de recourir à des grues de quai pour respecter l'obligation de décharger le navire constatée dans le télex. À mon sens, l'utilisation des grues de quai pour décharger la cargaison d'un navire se rattache encore plus au contrat de transport et aux affaires maritimes que ne l'a trouvé le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO* à l'égard de l'entreposage à court terme des marchandises.

Bref, l'activité sous-jacente visée par les demandes de Monk est le déchargement de la cargaison, dont Island était responsable en raison des aspects de l'entente entre les parties propres au contrat de transport et possédant un caractère maritime.

Le fait que le déchargement de la cargaison soit, à juste titre, une affaire maritime se trouve souligné lorsque l'on examine les Règles sur les connaissements qui figurent à l'annexe de la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, L.R.C. (1985), ch. C-27. Beaucoup de dispositions de ces règles mentionnent expressément le «déchargement des marchandises» et ce faisant, elles démontrent clairement la nature maritime de cette activité. Par exemple, il est précisé dans la définition du «transport de marchandises» à l'article premier qu'il couvre le temps écoulé depuis le chargement des marchandises à bord du navire jusqu'à leur déchargement du navire. L'article II qui traite des «Risques» prévoit ce qui suit:

Sous réserve des dispositions de l'article VI, le transporteur dans tous les contrats de transport des marchandises par eau sera, quant au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement desdites marchandises, soumis aux responsabilités et obligations, comme il bénéficiera des droits et exonérations ci-dessous énoncés. [Je souligne.]

D'autres articles mentionnent aussi le «déchargement». (Voir l'article V, Abandon des droits et exonérations; accroissement des responsabilités et obligations; l'article VI, Conditions spéciales; et l'article VII, Restrictions à l'application des Règles). En outre, l'examen attentif de quelques-uns des principaux ouvrages de droit maritime révèle le caractère essentiellement maritime du déchargement de la cargaison; voir *Carver's Carriage by Sea* (13<sup>e</sup> éd. 1982), vol. 2, aux pages 1061 à 1109; *Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea* (11<sup>e</sup> éd. 1979), aux pp. 122 à 152, et *Scrutton on Charterparties and Bills of*

Jackett C.J. to the effect that discharge of cargo from a ship is part of the activities essential to the carriage of goods by sea and falls within Navigation and Shipping in s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*: *Robert Simpson Montreal Ltd. v. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher*, [1973] F.C. 1356 (C.A.), at p. 1363.) As discharge of cargo is a maritime matter, so must be a breach of an obligation to discharge cargo.

The maritime character of the claims is not diminished by the fact that Monk was the seller of the urea and Island was the purchaser with no privity between Island and the owners of the vessel *Super Spirit*. Island assumed a maritime obligation—the discharge of cargo—in connection with the sale and purchase of the urea. It is that maritime obligation that is the foundation for the claims by Monk. Parties can assume maritime obligations governed by maritime law even though they may not formally be parties to a charter-party or even a contract of carriage by sea. What is important for purposes of maritime law jurisdiction is that their claim be integrally connected with maritime matters.

Finally, I would say that the claims of Monk are maritime in character and are not in any way an encroachment of what is in “pith and substance” a matter falling within s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The claims here advanced do not in my view have as their foundation or source sale of goods elements of the telex arrangement between Monk and Island and therefore are not within the provincial scope of property and civil rights or within any other heading of s. 92.

I should also like to add that the approach I have taken in this matter corresponds with McIntyre J.’s urging that the terms “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping and should not be static or frozen. Such terms should rather be capable of adjust-

*Lading* (19<sup>e</sup> éd. 1984), aux pages 292 à 304. (Voir aussi l’opinion du juge en chef Jackett selon laquelle le déchargement de la cargaison d’un navire fait partie des activités essentielles au transport des marchandises par voie maritime et relève de la catégorie «navigation et les expéditions par eau» au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*: *Cie Robert Simpson Montréal Ltée. c. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher*, [1973] C.F. 1356 (C.A.) à la p. 1363.)  
 Puisque le déchargement de la cargaison est une affaire maritime, il doit en être de même pour la violation de l’obligation de décharger la cargaison.

Le caractère maritime des demandes n’est pas atténué du fait que Monk était le vendeur de l’urée et Island l’acheteur, sans qu’il y ait aucun lien de droit contractuel entre Island et les propriétaires du *Super Spirit*. Island a assumé une obligation maritime—le déchargement de la cargaison—relativement à la vente et à l’achat de l’urée. C’est cette obligation de nature maritime qui est le fondement des demandes de Monk. Les parties peuvent assumer des obligations maritimes régies par le droit maritime bien qu’elles puissent ne pas être formellement parties à une charte-partie ou même à un contrat de transport maritime. Ce qui importe pour que les demandes ressortissent au droit maritime, c’est qu’elles soient entièrement liées aux affaires maritimes.

Finalement, je dirais que les demandes de Monk ont un caractère maritime et qu’elles n’empiètent d’aucune façon sur ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière qui relève de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon sens, les prétentions avancées en l’espèce ne trouvent pas leur fondement ni leur source dans les conventions du télex adressé par Monk à Island qui tiennent de la vente de marchandises, et, par conséquent, elles ne ressortissent pas à la propriété et aux droits civils ni à aucune autre rubrique de l’art. 92.

Je tiens aussi à ajouter que ma façon d’aborder cette question correspond au point de vue du juge McIntyre lorsqu’il dit que les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau, et qu’ils ne doivent pas être statiques ou figés. On devrait plutôt pouvoir adapter ces termes selon l’évolution des circonstances sans être prisonniers du car-

ing to evolving circumstances unencumbered by rigid doctrinal categorization and historical straitjackets.

Because of the conclusion I have reached, it is not necessary for me to discuss Monk's alternative argument, namely, that its claims are within s. 22(2)(i) of the *Federal Court Act*.

### Conclusion

I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and restore the judgment of McNair J. in the Federal Court, Trial Division, with costs here and in both divisions of the Federal Court.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This case originates in Prince Edward Island where Island Fertilizers Limited (Island) entered into an agreement for the purchase of urea fertilizer from The Monk Corporation (Monk). In order to fill that order, Monk had to import the fertilizer from Russia by ship. Claiming that a balance of the purchase price was owing, Monk instituted proceedings against Island in the Federal Court.

The sole issue in this appeal concerns the jurisdiction of the Federal Court to entertain the claim of Monk. While the Trial Division of the Federal Court allowed the claim, the majority of the Court of Appeal reversed the decision in part, allowing the claim only in part, and declined jurisdiction as to the balance.

My colleague, Justice Iacobucci, concludes that the whole of Monk's claim falls within the jurisdiction of the Federal Court as being within the confines of Canadian maritime law. I cannot agree with his reasons nor with the result he reaches. In my view, the claim falls squarely within provincial jurisdiction over property and civil rights, and is therefore a matter to be dealt with by the courts of each province. In this, I agree with the reasons of Desjardins J.A., concurring in part in the Federal Court of Appeal, and, I agree as well, in part, with the reasons of Pratte J.A.

can des classifications doctrinales rigides ou des limites historiques excessives.

Étant donné la conclusion que j'ai tirée, il ne m'est pas nécessaire de discuter de l'argument subsidiaire de Monk, à savoir que ses demandes ressortissent à l'al. 22(2)i) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

### Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter le pourvoi incident et de rétablir le jugement du juge McNair de la Section de première instance de la Cour fédérale, avec dépens en notre Cour et dans les deux sections de la Cour fédérale.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—La présente instance a pris naissance à l'Île-du-Prince-Édouard, où Island Fertilizers Limited (Island) a conclu une entente pour l'achat d'engrais d'urée à The Monk Corporation (Monk). Pour livrer cette commande, Monk devait importer l'engrais de Russie à bord d'un navire. Alléguant le non-paiement d'une partie du prix d'achat, Monk a introduit contre Island une action en Cour fédérale.

L'unique question en litige dans le présent pourvoi concerne la compétence de la Cour fédérale pour entendre la demande de Monk. Bien que la Section de première instance de la Cour fédérale y ait fait droit, la majorité en Cour d'appel a infirmé cette décision en partie, n'accueillant l'action que partiellement, et s'est déclarée incompétente pour ce qui est du reste.

Mon collègue le juge Iacobucci conclut que la demande de Monk est entièrement du ressort de la Cour fédérale puisqu'elle relève du droit maritime canadien. Je ne puis souscrire ni à ses motifs ni à sa conclusion. À mon avis, la réclamation relève carrément de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils et est en conséquence de celles dont connaissent les tribunaux de chaque province. En cela, je suis d'accord avec les motifs, concordants en partie, du juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale. Je souscris également, en partie, aux motifs du juge Pratte.

I readily admit that the matter is not without difficulty and that its resolution depends, on the one hand, on how one characterizes the claim at issue and, on the other, on one's vision of the nature, scope and extent of the body of law called Canadian maritime law.

For a better comprehension of what follows, I will briefly restate the facts pertinent to the resolution of this appeal.

### Facts

The plaintiff, appellant and cross-respondent in this Court, Monk, is an international resource commodities broker, located in Montréal, which specializes in the sale of fertilizer. The defendant, respondent and cross-appellant in this Court, Island, is a Prince Edward Island corporation that buys various types of fertilizer on the world market and then mixes them for the purpose of sale to farmers in the Maritimes.

Monk and Island entered into negotiations for the sale and purchase of a quantity of urea, a type of fertilizer, to be delivered to three ports: Saint John, New Brunswick, Halifax, Nova Scotia, and Charlottetown, Prince Edward Island. The ship *Super Spirit*, chartered by Monk under a charter-party entered into with the disponent owners, Superchart I/S, sailed from Russia with a cargo of urea and was to deliver Island's cargo at the above three ports.

The negotiations between the parties took place over a period of time and involved a number of long-distance phone calls and telex exchanges. On October 11, 1985, Island requested that Monk, by telex, indicate its acceptance and confirm Island's order. The telex response by Monk is pivotal to the case in that McNair J., at trial, determined that it contained all of the essential terms of the contract between the parties, and because it is out of this contract between the parties that Monk's claim arises. It reads:

ATT: MR. JOHN SCALES  
RE: UREA IN BULK

Je conviens volontiers que la question est épineuse et que sa solution dépend, d'une part, de la façon dont on caractérise la réclamation en question et, d'autre part, de la conception qu'on se fait de la nature, de la portée et de l'étendue de l'ensemble des règles de droit qu'on qualifie de droit maritime canadien.

Pour faciliter la compréhension de l'analyse qui suit, j'exposerai brièvement les faits pertinents à la solution du présent pourvoi.

### Les faits

La demanderesse Monk (appelante et intimée au pourvoi incident en notre Cour) est une entreprise internationale de courtage en marchandises qui a son établissement à Montréal. Elle se spécialise dans la vente d'engrais. La défenderesse Island (intimée et appelante au pourvoi incident en notre Cour) est une société de l'Île-du-Prince-Édouard qui fait sur le marché mondial l'achat de différents types d'engrais qu'elle mélange et vend aux agriculteurs des provinces maritimes.

Monk et Island ont négocié un contrat de vente d'une certaine quantité d'urée, un type d'engrais, qui devait être livrée à trois ports: Saint John (Nouveau-Brunswick), Halifax (Nouvelle-Écosse) et Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard). Le navire *Super Spirit*, affrété par Monk en vertu d'une charte-partie conclue avec l'armateur disposant, Superchart I/S, a quitté la Russie avec une cargaison d'urée qui devait être livrée à Island aux trois ports susmentionnés.

Les négociations ont pris la forme d'appels téléphoniques interurbains et de communications par télex et se sont déroulées sur une longue période. Le 11 octobre 1985, Island a demandé à Monk, par télex, de signaler son acceptation du marché et de confirmer la commande de Island. La réponse de Monk, par télex également, est cruciale en l'espèce parce que le juge McNair, siégeant en première instance, a conclu qu'elle renfermait toutes les conditions essentielles du contrat intervenu entre les parties, et parce que la demande de Monk est fondée sur ce contrat. En voici le texte:

[TRADUCTION] ATT: M. JOHN SCALES  
OBJET: URÉE EN VRAC

WE CONFIRM HAVING CONCLUDED TRANSACTION N SALE:

PRODUCT: UREA

QNTY: 11,000 +-5PCT MT.

DLY: OCT/LATEST DECI, 85 3-PORT DISCHARGE/YR

CONFIRMATION TLX.

ON A SELF GEARED VESSEL BUYER GUARANTEE

3,000MT DISCHARGE WWDSEXUU.

DEMMURAGE [*sic*]/DISPATCH/C.P.

PRODUCT SPECS: 46PCT MIN N.

1PCT MAX BIURET

0.5PCT MAX MOISTURE

PRILLED-GRANULATION MIN 90PCT

1-3MM SIZE

PRICE: 107.50USD/MT CIF-FO TERMS.

IT HAS BEEN A PLEASURE DO [*sic*] DO BUSINESS WITH YOU.

WORKING TO OBTAIN CAN-2,500 MT. WL ADVISE.

As to the specific terms of the telex and their meaning, it is uncontested that Monk agreed to sell to Island 11,000 metric tonnes of fertilizer, with a margin of 5% in either direction, to be delivered within the time frame specified, to the three ports listed previously. The discharge of the vessel was to be at a rate of not less than 3,000 metric tonnes per day. Demurrage, a penalty payable to Monk in the event that the ship was discharged at a slower rate, and dispatch, a sum payable to Island in the event that discharge was carried out at a faster rate, are payable in accordance with the rates set out in the agreement between Monk and its carrier (C.P.).

The price, \$107.50 per metric tonne, in U.S. funds, was to be paid on CIF-FO terms, meaning that the price covers the cost of the goods (C), the cost of the insurance, to be arranged for by Monk (I), and the cost of carriage or freight (F). It is not disputed that the term FO means "free-out", i.e. that Island would be responsible for the whole cost and expense of discharging the vessel.

Neither is it disputed that the term "self geared vessel" means a vessel possessing derricks used in the discharge of packaged cargoes and thus, a vessel not equipped to discharge a bulk cargo such as urea, in other words, not a self-discharging vessel. Shore equipment would, therefore, be necessary to discharge the cargo. Island, however, claims, and this is

CONFIRMONS TRANSACTION ET VENTE:

PRODUIT: URÉE

QTÉ: 11 000 +- 5 % TM.

DÉLAI: OCT/PLUS TARD 1<sup>ER</sup> DÉC 85 3-PORTS

DÉCHARGE/VOTRE CONFIRMATION TLX.

SUR NAVIRE À MÂTS DE CHARGE, ACHETEUR

GARANTIT DÉCHARGEMENT WWDSEXUU

3 000 TM.

SURESTARIES/ENVOI/C.P.

CAR. DU PRODUIT: 6 % MIN N.

1 % MAX BIURET

0,5 % MAX HUMIDITÉ

GRANULATION-PARTICULES PERLÉES -

90 % MIN DIM 1-3 MM

PRIX: 107,50 DUS/TM CLAUSE CAF-FO.

HEUREUX D'AVOIR FAIT AFFAIRE AVEC VOUS.

TENTONS D'OBTENIR TM 2 500 CAN. VS AVISERONS.

En ce qui concerne les conditions précises énoncées dans la communication télex et le sens de celles-ci, il est reconnu de part et d'autre que Monk avait convenu de vendre à Island 11 000 tonnes d'engrais, plus ou moins 5 %, à livrer, dans le délai fixé, aux trois ports énumérés plus haut. Le déchargement du navire devait se faire au rythme d'au moins 3 000 tonnes par jour. Le montant des surestaries, une indemnité revenant à Monk dans l'éventualité d'un déchargement plus lent, et de la prime devant être versée à Island pour un déchargement plus rapide, était à établir selon le barème figurant dans le contrat intervenu entre Monk et son transporteur (C.P.).

Le prix de 107,50\$ US la tonne devait être acquitté en conformité avec une clause CAF-FO, lettres signifiant que ce prix comprenait le coût des marchandises (C), le coût de l'assurance (A), que devait souscrire Monk et le coût du transport ou du fret (F). Les parties s'accordent pour dire que les lettres FO signifient «franco déchargement» (*free-out*), c.-à-d. que Island était tenue de supporter la totalité des coûts et des frais du déchargement du navire.

Les parties conviennent en outre que l'expression «navire à mâts de charge» désigne un navire pourvu de mâts de charge servant au déchargement de marchandises emballées, un navire impropre en conséquence au déchargement de cargaisons en vrac, telles que l'urée. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un navire autodéchargeant. Le déchargement de la car-

at the heart of the dispute between the parties, that it did not agree to a self-geared vessel, and, in any event, that the agreement was that Monk would arrange and pay for the shore equipment necessary to enable Island to discharge the cargo in a manner similar to that of a self-discharging vessel. Monk did in fact arrange and pay for the supply of shore cranes and clam buckets. The equipment supplied by Monk was utilized by Island and by the stevedores Island employed in the discharge of the cargo. The cargo destined for the port of Saint John had been sold by Island to McCain Foods Ltd. and they too had the benefit of the equipment supplied by Monk. Monk did not invoice Island for the cost of the rental of this equipment, in the amount of \$59,963.60, until the commencement of its action, approximately nine months later. In light of the above, Island refuses to pay for the cost of discharge of the vessel which, Monk presently argues, is an expense Island is responsible for.

It is on the basis of this contract that Monk instituted proceedings against Island. Monk claims \$20,070.15 Cdn., an amount representing the excess urea discharged over and above the amount agreed upon (the monetary amount determined at trial on the basis of a finding by McNair J. regarding the amount, in terms of metric tonnes, of the overage). Monk also claims for an amount representing the demurrage incurred at Saint John, N.B., as the discharge of the ship took significantly longer than stipulated in the contract (\$9,481.31 Cdn.), and for the expenses associated with the rental of shore cranes and clam buckets needed in order to discharge the ship (\$59,963.60 Cdn.). In making its claim, Monk relies on the contractual obligations allegedly undertaken by Island.

#### Legislative Framework

A good starting point in disputes over jurisdiction is the *Constitution Act, 1867*. We are concerned here with the division of powers between the federal and provincial governments. Monk's claim will be within Federal Court jurisdiction if it, among other things,

gaison devait donc s'effectuer à l'aide d'un équipement de quai. Island fait cependant valoir, et cette allégation touche au cœur du litige, qu'elle n'a pas accepté l'utilisation d'un navire à mâts de charge et que, en tout état de cause, le contrat stipulait que Monk devait voir à fournir et à payer l'équipement de quai nécessaire pour permettre à Island de décharger la cargaison comme s'il s'était agi d'un navire auto-déchargeant. Monk s'est en fait occupée de fournir des grues de quai et des bennes preneuses et en a acquitté les frais. L'équipement ainsi mis à leur disposition a été employé par Island et par ses manutentionnaires dans le déchargement. Island avait vendu la cargaison destinée au port de Saint John à McCain Foods Ltd. et cette dernière s'est servie, elle aussi, de l'équipement fourni par Monk. Ce n'est qu'après l'introduction de son action, soit environ neuf mois plus tard, que Monk a facturé à Island le prix de location de l'équipement en question, qui s'élevait à 59 963,60\$. Dans ces circonstances, Island refuse de payer le coût du déchargement du navire, dépense qui, soutient Monk, est à la charge de Island.

C'est sur la base de ce contrat que Monk a institué des procédures contre Island. Monk demande en effet la somme de 20 070,15\$ CAN représentant l'urée déchargée en sus de la quantité stipulée (somme établie en première instance et fondée sur la conclusion du juge McNair quant au volume, en tonnes, de l'excédent). De plus, Monk réclame 9 481,31 \$ CAN à titre de surestaries du fait que le déchargement du navire à Saint John (N.-B.) a duré sensiblement plus longtemps que prévu au contrat, ainsi que la somme de 59 963,60\$ CAN pour les frais liés à la location des grues de quai et des bennes preneuses requises aux fins du déchargement. La demande de Monk est fondée sur les obligations qu'aurait contractées Island.

#### Le cadre législatif

Dans les litiges mettant en cause la compétence, il convient de prendre comme point de départ la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce qui nous intéresse en l'espèce c'est le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces. Or, la demande de Monk ressortira à la Cour fédérale si elle relève notamment de la compétence fédérale en matière de navigation et d'expé-

comes within the federal power over Navigation and Shipping, s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*.

On the other hand, should the claim be one for the sale of goods, it will clearly be within provincial jurisdiction, falling under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, Property and Civil Rights in the Province.

In my view, it is important to keep in mind these areas of respective legislative competence, particularly when dealing with matters not defined with precision, such as the jurisdiction of the Federal Court and the meaning of "Canadian maritime law". McIntyre J. voiced the same concerns in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, wherein he stated at p. 774:

In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in "pith and substance" a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence. [Emphasis added.]

The *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, deals specifically with that Court's jurisdiction over matters of a maritime nature. The relevant provisions are:

2. ...

"Canadian maritime law" means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

ditions par eau, prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Si, par contre, la demande concerne la vente de marchandises, elle est manifestement de compétence provinciale aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui porte sur la propriété et les droits civils dans la province.

Il importe, selon moi, de garder présents à l'esprit ces domaines de compétence législative, surtout pour les points, tels que la compétence de la Cour fédérale et le sens du terme «droit maritime canadien», qui ne font pas l'objet d'une définition précise. Telle a été également la préoccupation du juge McIntyre qui, dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, affirme, à la p. 774:

En réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n'ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. [Je souligne.]

La *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, traite expressément de la compétence maritime de cette cour. Les dispositions pertinentes sont les suivantes:

2. ...

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.



22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

I shall discuss these sections at more length later in these reasons.

Finally, the pertinent sections of the *Sale of Goods Act* of Prince Edward Island, R.S.P.E.I. 1974, c. S-1, are:

3. (1) A contract of sale of goods is a contract whereby the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration called "the price"; there may be a contract of sale between one part owner and another.

27. It is the duty of the seller to deliver the goods and of the buyer to accept and pay for them in accordance with the terms of the contract of sale.

30. (1) Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods less than he contracted to sell, the buyer may reject them; but if the buyer accepts the goods so delivered, he must pay for them at the contract rate.

(2) Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods larger than he contracted to sell, the buyer may accept the goods included in the contract and reject the rest or he may reject the whole; if the buyer accepts the whole of the goods so delivered he must pay for them at the contract rate.

32. (1) Where, in pursuance of a contract of sale, the seller is authorized or required to send the goods to the buyer, delivery of the goods to a carrier, whether named by the buyer or not, for the purpose of transmission to the buyer is *prima facie* deemed to be a delivery of the goods to the buyer.

(2) Unless otherwise authorized by the buyer, the seller must make such contract with the carrier on behalf of the buyer as may be reasonable, having regard to the nature of the goods and the other circumstances of the case; if the seller omits so to do and the goods are lost or damaged in the course of transit the buyer may decline to treat the delivery to the carrier as a delivery to himself or may hold the seller responsible in damages.

22. (1) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas – opposant notamment des administrés – où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d'une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

Je reviendrai à ces dispositions et en ferai alors un examen plus approfondi.

Voici, en dernier lieu, les dispositions pertinentes de la *Sale of Goods Act*, R.S.P.E.I. 1974, ch. S-1, de l'Île-du-Prince-Édouard:

[TRADUCTION] 3. (1) Un contrat de vente d'objets est un contrat par lequel le vendeur transfère ou s'engage à transférer la propriété des objets à l'acheteur moyennant une contrepartie pécuniaire appelée «le prix». Il peut y avoir un contrat de vente entre copropriétaires.

27. Le vendeur a l'obligation de livrer les objets, et l'acheteur de les accepter et d'en payer le prix, conformément aux clauses du contrat de vente.

30. (1) L'acheteur auquel le vendeur livre une quantité d'objets inférieure à celle qui est stipulée au contrat peut les refuser. S'il les accepte, il doit payer le prix convenu au contrat.

(2) L'acheteur auquel le vendeur livre une quantité d'objets supérieure à celle qui est stipulée au contrat peut soit accepter la quantité convenue et refuser l'excédent, soit refuser le tout. S'il accepte la totalité des objets livrés, il doit payer le prix convenu au contrat.

32. (1) Lorsque le contrat de vente autorise ou oblige le vendeur à expédier les objets à l'acheteur, leur livraison au transporteur, désigné ou non par l'acheteur, est réputée être une livraison à l'acheteur en l'absence de preuve contraire.

(2) Sauf autorisation différente de l'acheteur, le vendeur doit conclure avec le transporteur, au nom de l'acheteur, un contrat raisonnable eu égard à la nature des objets et aux autres circonstances de l'espèce. Si le vendeur omet de ce faire et que les objets sont perdus ou endommagés en transit, l'acheteur peut soit refuser de considérer la livraison au transporteur comme valant livraison à lui-même, soit tenir le vendeur responsable du préjudice.

(3) Unless otherwise agreed, where goods are sent by the seller to the buyer by a route involving sea transit under circumstances in which it is usual to insure, the seller must give such notice to the buyer as may enable him to insure them during their sea transit and if the seller fails to do so the goods are deemed to be at his risk during such sea transit.

37. When the seller is ready and willing to deliver the goods and requests the buyer to take delivery and the buyer does not within a reasonable time after the request take delivery of the goods, he is liable to the seller for any loss occasioned by his neglect or refusal to take delivery and also for a reasonable charge for the care and custody of the goods; but nothing in this section affects the rights of the seller where the neglect or refusal of the buyer to take delivery amounts to a repudiation of the contract.

49. (1) Where, under a contract of sale, the property in the goods has passed to the buyer and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller may maintain an action against him for the price of the goods.

(2) Where, under a contract of sale, the price is payable on a day certain, irrespective of delivery, and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay the price, the seller may maintain an action for the price, although the property in the goods has not passed and the goods have not been appropriated to the contract.

59. (1) The rules of the common law, including the law merchant, save insofar as they are inconsistent with the express provisions of this Act and in particular the rules relating to the law of principal and agent and the effect of fraud, misrepresentation, duress or coercion, mistake or other invalidating cause continue to apply to contracts for the sale of goods.

It is against this constitutional and legislative framework that the issue of the jurisdiction of the Federal Court over maritime law must be examined.

#### Proceedings and Judgments

*Federal Court, Trial Division* (1988), 19 F.T.R. 220

Objection was taken by Island to the jurisdiction of the Federal Court at the outset of this case, culminating in the majority decision of the Federal Court of

(3) Sauf accord contraire, lorsque le vendeur expédie les objets à l'acheteur par un trajet qui comprend un transport par mer dans des circonstances où il est d'usage de les assurer, le vendeur doit aviser l'acheteur afin de lui permettre de les assurer pendant leur transport par mer; à défaut, les objets sont réputés être à ses propres risques pendant le transport par mer.

37. L'acheteur, s'il ne prend pas livraison des objets dans un délai raisonnable après la demande du vendeur qui est prêt et disposé à les livrer, répond au vendeur des pertes occasionnées par sa négligence ou son refus de prendre livraison ainsi que des dépenses raisonnables engagées pour la conservation et la garde des objets. Le présent article ne porte pas atteinte aux droits du vendeur dans le cas où la négligence ou le refus de l'acheteur équivaut à une résolution du contrat.

49. (1) Le vendeur peut intenter une action en paiement du prix contre l'acheteur à qui la propriété des objets a été transférée aux termes d'un contrat de vente et qui, sans justification, néglige ou refuse de les payer conformément aux clauses du contrat.

(2) Le vendeur peut intenter une action en paiement du prix lorsque, aux termes d'un contrat de vente, le prix est payable à une date certaine, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la livraison, et que l'acheteur néglige ou refuse sans justification de le payer. Le fait qu'il n'y ait pas eu transfert de la propriété ni livraison des objets n'a pas d'incidence sur le recours du vendeur.

59. (1) Les règles de la common law, y compris celles du droit commercial, s'appliquent aux contrats de vente d'objets, sauf lorsqu'elles sont incompatibles avec les dispositions expresses de la présente loi. S'appliquent notamment les règles relatives au droit des commettants et mandataires, et celles relatives aux effets de la fraude, d'une fausse déclaration, de la violence et de la coercition, de l'erreur ou d'une autre cause d'invalidité.

C'est dans ce contexte constitutionnel et législatif que doit être examinée la question de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime.

#### Les procédures et les jugements

*Cour fédérale, Section de première instance*, T-2115-86, 5 juillet 1988

D'entrée de jeu Island a contesté la compétence de la Cour fédérale, ce qui a abouti à la décision de la Cour d'appel fédérale à la majorité qu'elle ne pouvait

Appeal that it had jurisdiction only with respect to that part of the claim related to demurrage.

Given his conclusion that he had jurisdiction to deal with the whole claim, McNair J., at trial in the Federal Court, considered the merits of the case. He allowed Monk's claim and gave judgment in favour of Monk in the sum of \$89,515.06. In summarizing the proceedings and judgments below however, the merits of the case and the findings of fact made by McNair J. will be of little significance since, in my view, the Federal Court had no jurisdiction to hear the matter.

The jurisdiction of the Federal Court was first questioned by way of preliminary motion to dismiss Monk's action. Rouleau J., of the Federal Court, dismissed the application, holding that the application was premature in that Island had failed to tender enough evidence to meet the heavy onus required in order to strike the pleadings.

Island then applied for an order for the determination of a question of law. The application was made before Jacques Lefebvre, the Senior Prothonotary of the Federal Court. In dismissing the application, Lefebvre held that nothing material had changed such that Rouleau J.'s conclusion on the matter should not stand. In dismissing the appeal from the order of the Prothonotary, Pinard J., of the Federal Court, concluded that "too many of the essential facts remain disputed", and that "under the circumstances, [the determination of the issue of jurisdiction] ought to be made in a factual context established at a trial". The matter thus proceeded to trial in Charlottetown, P.E.I., before McNair J. in the Federal Court.

McNair J. concluded that the Federal Court had jurisdiction to consider the whole claim arising out of the contract entered into by the parties. Relying heavily upon this Court's earlier decision in *ITO, supra*, he concluded at p. 226:

I have no difficulty in concluding on the facts of the present case that the claims for relief made and the rem-

connaître que de la partie de la demande qui portait sur les surestaries.

Ayant conclu qu'il avait compétence relativement à la totalité de la demande, le juge McNair, siégeant en première instance en Cour fédérale, s'est penché sur le fond du litige. Il a accueilli l'action de Monk et lui a adjugé la somme de 89 515,06 \$. Le fond du litige et les conclusions de fait du juge McNair revêtent toutefois peu d'importance aux fins de résumer les procédures et les jugements des juridictions inférieures, car, à mon avis, la Cour fédérale n'avait pas compétence en l'espèce.

La compétence de la Cour fédérale a été mise en doute pour la première fois par voie de requête préliminaire en rejet de l'action de Monk. Le juge Rouleau de la Cour fédérale a rejeté la requête en raison de son caractère prématuré, étant donné que la preuve produite par Island ne suffisait pas pour qu'elle puisse se libérer de la lourde charge de la preuve incombant à qui cherche à obtenir la radiation des actes de procédure.

Island a ensuite sollicité une ordonnance exigeant que soit tranchée une question de droit. Cette demande a été présentée à Jacques Lefebvre, protonotaire en chef à la Cour fédérale, qui l'a rejetée au motif qu'il ne s'était produit aucun changement important qui justifiait que soit écartée la conclusion du juge Rouleau sur la question. Le juge Pinard de la Cour fédérale, prononçant le rejet de l'appel contre l'ordonnance du protonotaire, a conclu que [TRADUCTION] «trop de faits essentiels font encore l'objet de contestation» et que [TRADUCTION] «dans les circonstances, [la question de compétence] devrait se régler dans un contexte factuel établi dans le cadre d'un procès». L'affaire a donc été instruite par la Cour fédérale à Charlottetown (Î.-P.-É.) devant le juge McNair.

Le juge McNair a conclu que la Cour fédérale pouvait connaître de l'ensemble de la demande découlant du contrat intervenu entre les parties au litige. S'appuyant fortement sur l'arrêt *ITO*, précité, de notre Cour, il dit, à la p. 10:

D'après les faits de la présente espèce, je n'ai aucune hésitation à conclure que les demandes de redressement

edies sought relate to and are integrally connected with matters of Canadian maritime law in the modern context of commerce and shipping. In my opinion, the subject matter falls within the ambit of s. 22(1) of the **Federal Court Act** with the result that the court has jurisdiction to entertain the claims.

*Federal Court of Appeal* (1989), 97 N.R. 384

The Federal Court of Appeal experienced considerably more difficulty in reaching a conclusion, a difficulty reflected in the fact that all three judges wrote separate opinions, each reaching different conclusions as to the jurisdiction of the Federal Court over the whole claim.

Pratte J.A. agreed with Hugessen J.A. that the demurrage item of the claim fell within Federal Court jurisdiction. He concluded otherwise, however, regarding the items relating to the excess product and reimbursement of expenses with respect to the rental of equipment used in the unloading of the ship. With regard to the excess product, he concluded that it "was a claim for the price of goods sold and delivered" and, hence, based exclusively on the sale of goods, a matter outside the jurisdiction of the Federal Court. He reached the same conclusion regarding the reimbursement of expenses associated with the rental of shore equipment, reasoning that it was based on a civil contract thus, again, a matter falling outside the jurisdiction of the Federal Court.

As regards these last two items of the claim, Hugessen J.A. was of a contrary opinion. At the outset he framed the issue in terms of "whether plaintiff's action in the Trial Division should be characterized as a claim by a seller against a buyer under an agreement for the sale of goods, or as a claim by a shipper against a consignee under a contract of carriage" (p. 386). After considering the opinion of McIntyre J. for the majority in *ITO*, *supra*, Hugessen J.A. concluded that the contract between the parties for the sale of urea comprised a number of other contracts, for example, the contract of marine insurance that the seller was obliged to purchase. Hugessen J.A. drew a distinction between terms of the bargain between the parties going to the contract of carriage and, alternatively, terms better characterized as going

présentées sont entièrement liées aux affaires de droit maritime canadien, dans le contexte moderne du commerce et de la marine marchande. À mon avis, la question tombe sous le coup du paragraphe 22(1) de la Loi sur la Cour fédérale, en conséquence de quoi la cour a compétence pour connaître de l'action.

*Cour d'appel fédérale*, A-980-88, 6 juillet 1989

La Cour d'appel fédérale a éprouvé nettement plus de difficulté à arriver à une décision, difficulté dont témoigne le fait que chacun des trois juges a rédigé des motifs et que chacun a tiré une conclusion différente quant à la compétence de la Cour fédérale pour statuer sur l'ensemble de la demande.

Le juge Pratte, se rangeant à l'avis du juge Hugessen, a estimé qu'en ce qui concernait les surestaries la demande ressortissait à la Cour fédérale. Il a conclu toutefois qu'il n'en allait pas de même de l'excédent du produit livré ni du remboursement des frais de location d'équipement utilisé dans le déchargement du navire. Pour ce qui est de l'excédent du produit, il a décidé qu'il s'agissait d'une «demande concernant le prix de marchandises vendues et délivrées» qui, en conséquence, relevait exclusivement du domaine de la vente de marchandises, à l'égard duquel la Cour fédérale n'avait pas compétence. Sa conclusion a été identique sur la question du remboursement des frais liés à la location d'équipement de quai, car, selon son raisonnement, la demande de remboursement reposait sur un contrat civil et échappait donc, elle aussi, à la compétence de la Cour fédérale.

En ce qui concerne ces deux derniers volets de la demande, le juge Hugessen a été d'avis contraire. Il a commencé par préciser que la question était de savoir «si l'action intentée par la demanderesse en Section de première instance devrait être caractérisée de demande présentée par un vendeur contre un acheteur en vertu d'une entente concernant la vente de marchandises, ou de demande présentée par un expéditeur contre un consignataire aux termes d'un contrat de transport» (à la p. 2). Ayant examiné l'opinion exprimée par le juge McIntyre au nom de la majorité dans l'affaire *ITO*, précitée, le juge Hugessen a conclu que le contrat de vente d'urée intervenu entre les parties au présent litige en renfermait plusieurs autres, par exemple, le contrat d'assurance maritime qu'était tenu de souscrire le vendeur. Le juge Hugessen

to the sale of goods (see pp. 390-91). Those terms going to the contract of carriage were, in his view, governed by maritime law. Within this analytical framework, Hugessen J.A. concluded that there were three claims all of which flowed from the "contract of carriage" and were, therefore, properly within the jurisdiction of the Federal Court.

Desjardins J.A. disagreed with both of her colleagues and held that none of the claims, properly characterized, involved questions of maritime law. She, too, considered *ITO, supra*, but held that the claims in the present case were primarily of a civil nature. She concluded in this fashion at p. 392:

In my view, the telex of October 11, 1985, is essentially a contract of sale of goods where the costs of the shipping arrangements have been distributed as between the buyer and the seller. This is not a maritime contract. The claims related to excess cargo, the rental of the shore cranes and the demurrage costs are also claims of a civil nature and not of a maritime nature. This Court has no jurisdiction.

This Court is, therefore, seized of an appeal by Monk against the majority of the Federal Court of Appeal's decision that it was without jurisdiction to consider its claim for reimbursement of the equipment costs and the claim for excess product. It is also seized of a cross-appeal by Island against the Court of Appeal's conclusion that it had jurisdiction to hear and dispose of the claim for demurrage.

#### Canadian Maritime Law

Prior to a determination of the nature of the claim, relevant to the issue of jurisdiction in this case, the nature and scope of the Federal Court's jurisdiction over maritime law must be examined. Of paramount importance in this discussion are the reasons of the majority of this Court in *ITO, supra*. McIntyre J., for

sen a fait une distinction entre, d'une part, les conditions de l'entente entre les parties qui se rapportaient au contrat de transport et, d'autre part, les conditions qu'il serait plus exact de qualifier de liées à la vente de marchandises (voir les pages 8 à 10). D'après lui, c'était le droit maritime qui régissait les conditions se rapportant au contrat de transport. Dans ce cadre analytique, le juge Hugessen a conclu à l'existence de trois demandes qui découlaient toutes du «contrat de transport» et qui relevaient donc à juste titre de la compétence de la Cour fédérale.

Quant au juge Desjardins, son opinion diverge de celles de ses collègues et elle a conclu qu'aucune des demandes ne pouvait à bon droit être caractérisée comme soulevant des questions de droit maritime. Elle a examiné, elle aussi, l'affaire *ITO*, précitée, mais a jugé que les demandes en l'espèce revêtaient un caractère premièrement civil. À la page 3 de ses motifs, elle conclut:

À mon sens, le télex du 11 octobre 1985 est essentiellement un contrat de vente de marchandises dans lequel les frais des arrangements relatifs à l'expédition se trouvaient répartis entre le vendeur et l'acheteur. Il ne s'agit pas d'un contrat maritime. Les demandes ayant trait à la cargaison excédentaire, à la location des grues de quai et aux frais de surestaries sont également des demandes de nature civile plutôt que maritime. La Cour n'est pas compétente en la matière.

Notre Cour se trouve donc saisie d'un pourvoi formé par Monk contre la décision de la Cour d'appel fédérale à la majorité qui s'est déclarée incompétente pour connaître de la demande de remboursement des frais liés à l'équipement et de la demande relative à l'excédent du produit livré. Nous sommes en outre saisis du pourvoi incident de Island contre la conclusion de la Cour d'appel qu'elle avait compétence pour statuer sur la demande de paiement de surestaries.

#### Le droit maritime canadien

Avant de déterminer la nature de la demande, détermination pertinente relativement à la question de compétence en l'espèce, il nous faut examiner la nature et l'étendue de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime. D'une importance capitale dans cette analyse sont les motifs de la majoi-

the majority, comprehensively examined the previous case law pertinent to this issue and, more importantly, provided a guide to the interpretation of the latter part of the definition of maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. Prior to the decision of this Court in *ITO, supra*, this aspect of the Federal Court's jurisdiction over maritime law had remained unconstructed. As a consequence of the reasons in *ITO, supra*, the jurisdiction of the Federal Court in maritime matters seems to incorporate many matters that previously would have been held to have been outside of Federal Court competence. Importantly, however, McIntyre J. articulated significant caveats to this wide construction, caveats that have particular relevance in the present case.

The facts in *ITO, supra*, are relatively straightforward. The respondent, Mitsui O.S.K. Lines Ltd., a marine carrier, entered into a contract for the shipment of electronic calculators from Japan to Montréal. The other party to the contract was Miida Electronics, also the owner and consignee of the goods. When the goods arrived they were picked up by a stevedoring company and terminal operator, ITO, which had agreed with Mitsui to unload the goods and store them until delivery to Miida. Prior to delivery, the shed in which the goods were stored was broken into and a significant portion of the goods was stolen. A security service, employed by ITO, failed to check this shed at the scheduled time. If the scheduled inspection had occurred, the guard would have discovered that the padlock securing the shed had not been attached. The arrival of the guard, some three hours late, interrupted the theft.

The bill of lading excluded the liability of the carrier, Mitsui, and also contained a Himalaya clause by which Mitsui sought to extend its exemption clauses to those it employed in the performance of the con-

rité en notre Cour dans l'affaire *ITO*, précitée. Le juge McIntyre, au nom de la majorité, a entrepris un examen exhaustif de la jurisprudence touchant cette question et, fait plus important, il a fourni des indications concernant l'interprétation de la dernière partie de la définition du droit maritime que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Antérieurement à l'arrêt *ITO*, précité, de notre Cour, cet aspect de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime n'avait pas fait l'objet d'interprétation. Or, il semble découler des motifs de l'arrêt *ITO*, précité, que la compétence maritime de la Cour fédérale s'étend à bien des questions qui, jusque-là, auraient été considérées comme hors du ressort de la Cour fédérale. Il importe cependant de préciser que le juge McIntyre a formulé de notables exceptions à cette interprétation large, lesquelles s'avèrent particulièrement pertinentes en l'espèce.

Les faits de l'affaire *ITO*, précitée, sont relativement simples. L'intimée Mitsui O.S.K. Lines Ltd., un transporteur maritime, a passé un contrat pour le transport de calculatrices électroniques du Japon à Montréal. L'autre partie contractante était Miida Electronics, qui avait en outre qualité de propriétaire et de consignataire des marchandises. À leur arrivée, les marchandises devaient être prises en charge par ITO, une société de manutention et d'acconage, qui était convenue avec Mitsui de décharger ces marchandises et de les entreposer jusqu'à leur livraison à Miida. Avant que la livraison ne s'effectue, quelqu'un a pénétré dans le hangar où se trouvaient entreposées les marchandises et une quantité considérable de celles-ci a été volée. Une agence de sécurité, dont ITO avait retenu les services, a omis de faire à l'heure fixée l'inspection de ce hangar. Si l'inspection avait eu lieu comme prévu, le gardien aurait découvert que le cadenas devant fermer le hangar était resté ouvert, car le vol a été interrompu par l'arrivée du gardien, en retard d'environ trois heures.

La responsabilité du transporteur, Mitsui, était exclue par le connaissement qui comprenait en outre une clause Himalaya dans laquelle Mitsui cherchait à étendre à ceux qu'elle employait pour l'exécution du contrat de transport les clauses d'exemption dont elle bénéficiait. Le contrat d'acconage intervenu entre

tract of carriage. The stevedoring contract between Mitsui and ITO also contained clauses of limitation.

Miida sued both Mitsui and ITO in the Federal Court. The claim against ITO was based upon negligence. One of the issues addressed by this Court was whether or not the Federal Court had jurisdiction to consider and decide the claim. It is within the discussion of this issue that McIntyre J. considered the nature and scope of the body of law known as "Canadian maritime law".

McIntyre J. began his analysis by setting out the three requirements necessary to support jurisdiction in the Federal Court, requirements that had long been accepted in the jurisprudence (at p. 766):

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

As to the first requirement, McIntyre J. found that it was satisfied by s. 22(1) of the *Federal Court Act*.

The important discussion for the purposes of this case, however, occurs within McIntyre J.'s examination of the second requirement. Prior to the judgments of this Court in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, and *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, it was commonly thought that "a federal court could be given jurisdiction over any matter in relation to which the federal Parliament had legislative competence" (P. Hogg, "Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is There a Federal Common Law?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550). In *Quebec North Shore, supra*, Laskin C.J., for the Court, expressly disagreed with such a broad interpretation of Federal Court jurisdiction, holding at pp. 1065-66:

Mitsui et ITO comportait, lui aussi, des clauses restrictives.

Miida a intenté contre Mitsui et ITO une action en Cour fédérale. Elle poursuivait ITO pour négligence, et notre Cour s'est penchée notamment sur la question de savoir si la Cour fédérale avait compétence relativement à cette demande. C'est dans le cadre de son étude de cette question que le juge McIntyre a examiné la nature et l'étendue de l'ensemble de règles de droit appelé «droit maritime canadien».

Le juge McIntyre a commencé son analyse en énonçant les trois exigences, admises depuis longtemps dans la jurisprudence, devant être remplies pour que la Cour fédérale ait compétence (à la p. 766):

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Quant à la première exigence, le juge McIntyre a conclu que le par. 22(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* y satisfaisait.

L'analyse qui importe aux fins de la présente instance, toutefois, se trouve dans l'examen que fait le juge McIntyre de la deuxième exigence. Avant que notre Cour ne statue dans les arrêts *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, on estimait communément que [TRADUCTION] «un tribunal fédéral pouvait se voir attribuer compétence à l'égard de tout litige dans un domaine relevant de la compétence législative fédérale» (P. Hogg, «Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is There a Federal Common Law?» (1977), 55 *R. du B. can.* 550). Dans l'arrêt *Quebec North Shore*, précité, le juge en chef Laskin, au nom de la Cour, a formellement rejeté cette interprétation large de la compétence de la Cour fédérale. Il dit, aux pp. 1065 et 1066:

It is also well to note that s. 101 does not speak of the establishment of Courts in respect of matters within federal legislative competence but of Courts "for the better administration of the laws of Canada". The word "administration" is as telling as the plural word "laws", and they carry, in my opinion, the requirement that there be applicable and existing federal law, whether under statute or regulation or common law, as in the case of the Crown, upon which the jurisdiction of the Federal Court can be exercised. [Emphasis added.]

This requirement was reiterated in *McNamara Construction*, *supra*, and, more recently, by Wilson J. in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, wherein she remarked at p. 330, "the second element, as I understand it, requires a general body of federal law covering the area of the dispute".

The approach of this Court in these two cases has generally resulted in the narrow construction of Federal Court jurisdiction. However, it is also clear that this Court has not allowed the decisions in these two cases to stand in the way of a broad interpretation of Federal Court jurisdiction over maritime law. The truth of these propositions is demonstrated both by the line of cases from this Court regarding Federal Court jurisdiction over maritime matters, which form the basis of and culminate in *ITO*, *supra*, and by the case law from this Court that nevertheless affirms the strict construction of Federal Court jurisdiction in general. The reasons of La Forest J. in *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, note both the broad effect of *ITO*, *supra*, on Federal Court jurisdiction over maritime law, and conversely, the strict manner in which grants of jurisdiction to the Federal Court are to be construed. La Forest J. asserts at p. 212 that "[t]he *Federal Court Act*, in setting out that court's admiralty jurisdiction, provides for a very extensive jurisdiction" and cites *ITO*, *supra*, in support. Then, at p. 226, he states the first proposition in these words:

Those cases [*McNamara Construction*, *supra*, and *Quebec North Shore*, *supra*] laid down stringent require-

Il convient également de souligner que l'art. 101 ne traite pas de la création des tribunaux pour connaître des sujets relevant de la compétence législative fédérale, mais «pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Le terme «exécution» est aussi significatif que le mot pluriel «lois». À mon avis, ils supposent tous deux l'existence d'une législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*, comme dans le cas de la Couronne, sur lesquels la Cour fédérale peut fonder sa compétence. [Je souligne.]

Cette exigence a été reprise dans l'arrêt *McNamara Construction*, précité, et, plus récemment, par le juge Wilson dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, où elle écrit, à la p. 330: «le deuxième [élément], tel que je le comprends, exige qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l'objet de la contestation».

L'approche adoptée par notre Cour dans ces deux arrêts s'est soldée d'une manière générale par une interprétation restrictive de la compétence de la Cour fédérale. Au surplus, cependant, il est évident que notre Cour n'a pas permis que ces arrêts constituent un empêchement à une interprétation large de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime. La vérité de ces propositions est démontrée aussi bien par la suite d'arrêts de notre Cour touchant la compétence maritime de la Cour fédérale, arrêts qui forment la base de l'arrêt *ITO*, précité, et dont celui-ci représente l'aboutissement, que par la jurisprudence de notre Cour qui pose néanmoins le principe de l'interprétation stricte de la compétence de la Cour fédérale en général. Les motifs du juge La Forest dans l'affaire *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, font ressortir, en même temps, toute l'ampleur de l'effet de l'arrêt *ITO*, précité, sur la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime et, inversement, l'interprétation stricte qu'il convient de donner aux dispositions attributives de compétence à la Cour fédérale. Le juge La Forest, citant l'arrêt *ITO*, précité, à l'appui, affirme, à la p. 212: «En établissant la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté, la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit une compétence très étendue.» Puis, à la page 226, il formule ainsi la première proposition:

Ces arrêts [*McNamara Construction* et *Quebec North Shore*, précités] ont imposé des conditions strictes à



ments for Parliament in exercising its power to grant jurisdiction to a court established under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. In so doing, the Court strongly asserted the primarily unitary nature of our judicial system.

In addition, La Forest J. refers to the "strict tests" Parliament must meet in conferring jurisdiction on federal courts, at p. 227.

In *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, Pigeon J. articulated the same strict approach, at p. 713:

It must be considered that the basic principle governing the Canadian system of judicature is the jurisdiction of the superior courts of the provinces in all matters federal and provincial. The federal Parliament is empowered to derogate from this principle by establishing additional courts only for the better administration of the laws of Canada.

That Federal Court jurisdiction over maritime law has nevertheless been interpreted broadly is a matter often remarked upon in the academic literature (see J. Laskin and R. Sharpe, "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction" (1980), 30 *U.T.L.J.* 283; J. M. Evans, "Comments on Legislation and Judicial Decisions—Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124; W. Tetley, "Maritime Law Judgments in Canada—1979" (1981), 6 *Dalhousie L.J.* 676; S. Scott, "Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction" (1982), 27 *McGill L.J.* 137; P. Glenn, "Maritime Law—Federal Court Jurisdiction—Canadian Maritime Law—Relationship to Civil and Common Law: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 360 and W. Tetley, "The Buenos Aires Maru—Has the Whole Nature of Canadian Maritime Law Been Changed?" (1988), 10 *Sup. Ct L. Rev.* 399).

In his examination of *ITO*, *supra*, Glenn, *supra*, comments on both the effect of *Quebec North Shore*, *supra*, and upon the subsequent broad construction of Federal Court jurisdiction over maritime matters. At pages 361-62:

l'exercice par le Parlement de son pouvoir de conférer compétence à un tribunal établi en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce faisant, la Cour a défendu avec force la structure essentiellement unitaire de notre système judiciaire.

Le juge La Forest évoque en outre les «critères stricts» auxquels le Parlement doit se conformer en attribuant compétence aux tribunaux fédéraux (à la p. 226).

Dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, le juge Pigeon énonce le même critère strict, à la p. 713:

Il faut tenir compte de ce que le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement «pour la meilleure administration des lois du Canada».

Que la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime ait néanmoins reçu une interprétation large est souvent relevé dans la doctrine (voir J. Laskin et R. Sharpe, «Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on Fuller Construction» (1980), 30 *U.T.L.J.* 283; J. M. Evans, «Comments on Legislation and Judicial Decisions—Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation» (1981), 59 *R. du B. can.* 124; W. Tetley, «Maritime Law Judgments in Canada—1979» (1981), 6 *Dalhousie L.J.* 676; S. Scott, «Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction» (1982), 27 *R.D. McGill* 137; P. Glenn, «Maritime Law—Federal Court Jurisdiction—Canadian Maritime Law—Relationship to Civil and Common Law: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*» (1987), 66 *R. du B. can.* 360; et W. Tetley, «The Buenos Aires Maru—Has the Whole Nature of Canadian Maritime Law Been Changed?» (1988), 10 *Sup. Ct L. Rev.* 399).

Dans son examen de l'arrêt *ITO*, précité, Glenn, *loc. cit.*, commente l'effet de l'arrêt *Quebec North Shore*, précité, ainsi que l'interprétation large donnée par la suite à la compétence maritime de la Cour fédérale. Il dit aux pp. 361 et 362:

As is well known, the Supreme Court of Canada decided in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, that these words [s. 101 of the *Constitution Act, 1867*] require that there be applicable and existing federal law upon which the jurisdiction of the Federal Court can be exercised. Absent such existing federal law, no statutory grant of jurisdiction to the Federal Court is valid, and the mere existence of federal legislative authority in a given field is not indicative of existing federal law. . . . The decision in *Quebec North Shore* has been criticized for its divisive effect on multi-party litigation but is important for its re-affirmation of the fundamentally unitary character of the Canadian court system . . . .

As to maritime matters, however, the Supreme Court subsequently held in *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.* that there had been legislative definition in section 2 of the Federal Court Act of a body of "Canadian maritime law" upon which Federal Court jurisdiction can be based. . . . The Federal Court was thus enabled to exercise a jurisdiction in Admiralty of some importance . . . but which was limited by restrictions inherent in English admiralty jurisdiction in 1934.

In the *ITO* decision the Supreme Court has now eliminated these restrictions . . . . Federal Court jurisdiction is thus now co-extensive with that which is maritime, a definition which would make it as broad as that exercised by the English Admiralty Court in its most expansive period . . . . Yet even this extensive English jurisdiction would not have included a claim for a tort or delict committed on land . . . . McIntyre J., however, speaking for the majority of the court, refused to restrict the definition of maritime and admiralty matters to claims fitting within such historical limits. [Citations omitted; emphasis added.]

In distinction, then, to the generally strict construction of Federal Court jurisdiction, this Court has, in the area of Federal Court jurisdiction over maritime law, pursued an expansive method of interpretation. McIntyre J.'s analysis of the second requirement for Federal Court jurisdiction, in the context of maritime law, is, therefore, pivotal to the determination of the question before this Court in the present case. It is

[TRADUCTION] La Cour suprême du Canada, on le sait bien, a statué dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée* que ces mots [le texte de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*] exigent l'existence d'une loi fédérale applicable susceptible de justifier l'exercice de la compétence de la Cour fédérale. En l'absence d'une telle loi fédérale, toute disposition législative attributive de compétence à la Cour fédérale est entachée d'invalidité, et la seule existence d'une compétence législative fédérale dans un domaine donné n'est nullement indicative de l'existence d'une loi fédérale. [. . .] On reproche à l'arrêt *Quebec North Shore* d'avoir pour effet de scinder les litiges mettant en cause plusieurs parties, mais il a ceci d'important qu'il confirme de nouveau le caractère essentiellement unitaire du système judiciaire canadien . . . .

Pour ce qui est des affaires maritimes, toutefois, la Cour suprême a dit dans l'arrêt subséquent *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.* que l'article 2 de la Loi sur la Cour fédérale contenait une définition législative d'un ensemble de règles de «droit maritime canadien» pouvant fonder la compétence de la Cour fédérale. [. . .] La Cour fédérale était en conséquence habilitée à exercer en matière d'amirauté une compétence assez importante [. . .] dont l'étendue était pourtant limitée par les restrictions inhérentes à la compétence en matière d'amirauté existant en Angleterre en 1934.

Dans l'arrêt *ITO*, la Cour suprême a supprimé ces restrictions. [. . .] La compétence de la Cour fédérale coïncide donc maintenant avec ce qui relève du domaine maritime, définition qui rendrait cette compétence tout aussi large que celle exercée par l'*Admiralty Court* d'Angleterre au faite de ses pouvoirs [. . .] Néanmoins, même cette large compétence anglaise ne se serait pas étendue aux demandes découlant d'un délit civil commis sur la terre ferme [. . .] Le juge McIntyre, toutefois, se prononçant au nom de la majorité, a refusé de limiter aux demandes comprises dans ces limites historiques la définition des affaires relevant du droit maritime et de l'amirauté. [Références omises; je souligne.]

Par contraste donc avec son interprétation généralement stricte de la compétence de la Cour fédérale, notre Cour a privilégié en ce qui concerne la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime une interprétation large. D'où le caractère primordial, aux fins de trancher la question qui nous a été soumise en l'espèce, de l'analyse de la deuxième exigence à remplir pour que la Cour fédérale ait com-

thus to McIntyre J.'s words regarding this crucial second requirement that I now turn.

McIntyre J. began by noting that the definition, found in s. 2 of the Act, encompassed two different categories of maritime law, as law that (p. 769):

(1) was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute; or

(2) would have been so administered if that court had had on its Admiralty side unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters.

In defining the first category of maritime law, McIntyre J. relied extensively upon an earlier decision of this Court, *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157, and on the reasons of Thurlow A.C.J. in *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675. He traced the history of both English and Canadian enactments to conclude that the effect of *The Admiralty Act* of 1934, enacted by Parliament, "was to adopt as part of Canadian law, English admiralty jurisdiction and law as it existed in 1934." (Emphasis added.) In conclusion as to the extent of the first category of maritime law, McIntyre J. stated at p. 771:

I would be of the opinion then that the term 'Canadian maritime law' includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 as such law may, from time to time, have been amended by the federal Parliament, and as it has developed through judicial precedent to date.

McIntyre J. concluded that, notwithstanding the breadth of the first category, the claim of Miida against ITO was not comprehended by it, since English maritime law of 1934 was confined to torts committed "within the ebb and flow of the tide". Importantly, he noted that, even if the Act appeared to confer jurisdiction under one of the heads of s. 22, this was not the end of the matter, since English maritime law of 1934 could not, as explained above, with-

pétence, faite par le juge McIntyre dans le contexte du droit maritime. Reportons-nous alors aux propos du juge McIntyre touchant cette deuxième et cruciale exigence.

Dès l'abord, le juge McIntyre a fait remarquer que la définition figurant à l'art. 2 de la Loi englobe deux catégories différentes de droit maritime, à savoir le droit (à la p. 769):

(1) dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi; ou

(2) qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

Pour définir la première catégorie du droit maritime, le juge McIntyre s'est appuyé dans une grande mesure sur un arrêt antérieur de notre Cour, *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157, et sur les motifs rédigés par le juge en chef adjoint Thurlow dans l'affaire *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675. Il a fait l'historique des dispositions législatives anglaises et canadiennes pour conclure que la *Loi d'Amirauté* de 1934, adoptée par le législateur fédéral, «a eu pour effet d'intégrer au droit canadien la compétence et le droit en matière maritime qui existaient en Angleterre en 1934». (Je souligne.) En guise de conclusion sur l'étendue de la première catégorie du droit maritime, le juge McIntyre affirme, à la p. 771:

Je serais donc d'avis que l'expression «droit maritime canadien» comprend tout cet ensemble de règles de droit, appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d'amirauté, qui peuvent avoir été, à l'occasion, modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées jusqu'à ce jour au gré des précédents judiciaires.

Selon le juge McIntyre, indépendamment de la large portée de la première catégorie, celle-ci ne comprenait pas la réclamation de Miida contre ITO, puisque le droit maritime existant en Angleterre en 1934 ne s'appliquait qu'aux délits civils commis «entre le flux et le reflux». Fait important, il a souligné que, même s'il paraissait y avoir compétence en vertu de l'un des alinéas de l'art. 22 de la Loi, cela n'était pas en soi suffisant, car, ainsi que je l'ai déjà

out more, provide the necessary body of federal law to nourish the statutory grant of jurisdiction. Thus, whether or not the Act covered the particular claim in this case, recourse had to be had to the second category of maritime law.

The definition of the second category of maritime law formulated by McIntyre J. was in part a response to the opinion of Le Dain J. in *Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211, at p. 244, that “[i]t would be against the whole tradition of admiralty jurisdiction with respect to maritime torts to hold that a tort or delict committed on land is a maritime matter”, a statement, however, that Le Dain J. later retracted.

As the construction of this second category of maritime law forms the basis upon which the question in the present case must be examined, I will reproduce McIntyre J.’s formulation in its entirety. At page 774 he wrote:

I would agree that the historical jurisdiction of the Admiralty courts is significant in determining whether a particular claim is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. I do not go so far, however, as to restrict the definition of maritime and admiralty matters only to those claims which fit within such historical limits. An historical approach may serve to enlighten, but it must not be permitted to confine. In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in “pith and substance” a matter of local concern involving property and civil

expliqué, le seul droit maritime anglais de 1934 ne pouvait constituer l’ensemble de règles de droit fédérales nécessaires pour fonder l’attribution législative de compétence. Donc, que la demande en cause soit ou non visée par la Loi, il fallait recourir à la seconde catégorie du droit maritime.

La définition de la seconde catégorie du droit maritime, qu’a formulée le juge McIntyre, représentait en partie une réponse à l’opinion du juge Le Dain dans l’affaire *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211, à la p. 244, suivant laquelle «[i]l serait contraire à toute la tradition en matière de compétence en amirauté sur les délits maritimes de conclure qu’un délit commis à terre est une affaire maritime». Le juge Le Dain s’est toutefois rétracté par la suite sur ce point.

Comme l’interprétation de cette seconde catégorie du droit maritime est à la base de la question soulevée en l’espèce, je reproduis intégralement les propos du juge McIntyre, qui écrit, à la p. 774:

Je suis d’accord pour dire que la compétence historique des cours d’amirauté est importante pour déterminer si une demande particulière est une matière maritime au sens qu’en donne la définition du droit maritime canadien que l’on trouve à l’art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je n’irais pas cependant jusqu’à limiter la définition de matière maritime et d’amirauté aux seules demandes qui cadrent avec ces limites historiques. Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne saurait autoriser à limiter. À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l’art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d’assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d’amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d’amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En réalité, l’étendue du droit maritime canadien n’est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n’ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d’amirauté, doit éviter d’empiéter sur ce

rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the Constitution Act, 1867. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence. [Emphasis added.]

In determining whether the claim of Miida properly fell within this second category of maritime law, McIntyre J. emphasized the important role played by stevedores in the area of shipping and cited *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529, in support. He concluded at pp. 775-76 with these words:

It is clear, in my view, that such incidental storage by the carrier itself or by a third party under contract to the carrier is also a matter of maritime concern by virtue of the "close, practical relationship of the terminal operation to the performance of the contract of carriage" . . . . It may then be concluded that cargo-handling and incidental storage before delivery and before the goods pass from the custody of a terminal operator within the port area is sufficiently linked to the contract of carriage by sea to constitute a maritime matter within the ambit of Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the Federal Court Act.

. . . I would stress that the maritime nature of this case depends upon three significant factors. The first is the proximity of the terminal operation to the sea, that is, it is within the area which constitutes the port of Montreal. The second is the connection between the terminal operator's activities within the port area and the contract of carriage by sea. The third is the fact that the storage at issue was short-term pending final delivery to the consignee. [Emphasis added.]

Having found the necessary body of existing federal law, McIntyre J. determined that the third requirement was also met, as Canadian maritime law fell within federal legislative competence under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. As is obvious from the summary of these reasons, once one finds, at least in the maritime context, that the claim falls

qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. [Je souligne.]

En déterminant si la demande de Miida tombait légitimement dans cette seconde catégorie du droit maritime, le juge McIntyre a insisté sur le rôle important joué par les manutentionnaires dans le domaine des expéditions par eau et a cité à l'appui de ce point de vue l'arrêt rendu dans *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529. Il conclut, aux pp. 775 et 776:

Il est clair, à mon sens, que cet entreposage accessoire par le transporteur lui-même, ou par un tiers lié par contrat avec le transporteur, est aussi une affaire d'intérêt maritime en vertu du «rapport étroit existant en pratique entre le transit et l'exécution du contrat de transport» [ . . . ] On peut donc conclure que la manutention, et l'entreposage accessoire, avant la livraison et pendant que la marchandise reste sous la garde d'un acconier dans la zone portuaire, est suffisamment liée au contrat de transport maritime pour constituer une affaire maritime qui relève du droit maritime canadien, au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale.

. . . je tiens à souligner que la nature maritime de l'espèce dépend de trois facteurs importants. Le premier est le fait que les activités d'acconage se déroulent à proximité de la mer, c'est-à-dire dans la zone qui constitue le port de Montréal. Le second est le rapport qui existe entre les activités de l'acconier dans la zone portuaire et le contrat de transport maritime. Le troisième est le fait que l'entreposage en cause était à court terme en attendant la livraison finale des marchandises au destinataire. [Je souligne.]

Ayant conclu à l'existence de l'ensemble nécessaire de règles de droit fédérales, le juge McIntyre a décidé que la troisième exigence avait également été remplie, étant donné que le droit maritime canadien relevait de la compétence législative fédérale aux termes du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Or, il se dégage nettement du résumé des

within either category of maritime law, the third requirement is easily met.

It is against this background that the claim in the present case must be examined. As in *ITO*, *supra*, the claim here falls for consideration under the second category of maritime law, i.e. law that would have been so administered if the Exchequer Court of Canada had had on its admiralty side unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. This is largely the basis upon which the lower courts approached the issue and upon which the parties presented their arguments.

### The Claim

#### *Characterization*

A number of things become evident on a reading of this Court's reasons in *ITO*, *supra*. To begin with, McIntyre J. was careful, in his construction of the broad body of law called Canadian maritime law, to remain cognizant of overarching constitutional considerations and hence he articulated the caveat that "[i]t is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence" (p. 774). McIntyre J.'s caution is also evident in his careful recital of the factors present in the circumstances of the case which compelled him to reach the conclusion that such an integral connection existed. It is therefore important, in a consideration of the issue before the Court in the instant case, to ensure that the claim is examined within its total factual context in order to determine its true nature. Any analysis must engage in such careful scrutiny to ensure that each case does indeed fall within this body of law, however broad it might be.

In adopting this approach, I am in agreement with the statement of Collier J. in the Federal Court in

motifs du juge McIntyre qu'en matière maritime du moins, du moment que l'on conclut que la demande tombe dans l'une ou l'autre catégorie du droit maritime, il n'en faut pas davantage pour satisfaire à la troisième exigence.

C'est dans ce contexte que doit être examinée la demande dont il s'agit ici. Comme dans l'affaire *ITO*, précitée, la réclamation ici en cause doit être examinée en fonction de la seconde catégorie du droit maritime, c.-à-d. celle du droit dont l'application aurait relevé de la Cour de l'Échiquier du Canada si cette dernière avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. C'est principalement sur cette base que les tribunaux d'instance inférieure ont abordé la question et que les parties ont présenté leurs arguments.

### La réclamation

#### *Caractérisation*

Plusieurs points deviennent évidents à la lecture des motifs de notre Cour dans l'arrêt *ITO*, précité. Premièrement, le juge McIntyre a eu soin, en interprétant le vaste ensemble de règles de droit appelé «droit maritime canadien», de tenir compte de certaines considérations générales d'ordre constitutionnel et c'est pourquoi il a formulé la restriction suivante: «Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale» (à la p. 774). La prudence du juge McIntyre se dégage en outre de son énoncé soigneux des facteurs inhérents aux circonstances de l'affaire qui l'ont amené à conclure à l'existence d'un tel lien intégral. Il importe en conséquence, aux fins de l'étude de la question dont la Cour est saisie en l'espèce, de veiller à ce que la demande soit examinée dans l'ensemble de son contexte factuel afin d'en déterminer la véritable nature. Toute analyse doit comporter ce genre d'examen méticuleux de manière qu'on puisse s'assurer que l'instance relève effectivement de cet ensemble de règles de droit, si large soit-il.

En adoptant cette approche, je souscris à la déclaration du juge Collier de la Cour fédérale, qui, dans

*Sumitomo Shoji Canada Ltd. v. The "Juzan Maru"*, [1974] 2 F.C. 488, at p. 496, that in characterizing the claims raising the issue of jurisdiction, one must look "at the essence of the arrangement" between the parties. This approach was commented on and approved <sup>a</sup> of in *Kuhr v. The "Friedrich Busse"*, [1982] 2 F.C. 709, wherein Addy J. stated at p. 717:

In that case [*The Ship "Juzan Maru"*] the Court declined jurisdiction, but it was clearly on the basis that, on examining the true essence of the contract in the light of all the circumstances and the particular facts of the case, it appeared that the maritime or shipping aspects of the business arrangement between the parties <sup>c</sup> were minuscule or incidental . . . and that the essence of the arrangement was not maritime. I fully agree with that principle . . . .

This is a common-sense approach and an approach <sup>d</sup> generally followed in dealing with questions of this nature. Further, such an approach is inherent in any inquiry into "what is in "pith and substance" a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive <sup>e</sup> provincial jurisdiction" (*ITO, supra*, at p. 774). Therefore, in determining whether or not the claim here falls within the jurisdiction of the Federal Court as a matter of maritime law, I will pay particular heed to this method of analysis. <sup>f</sup>

In my view, once one examines the nature of the <sup>g</sup> relationship between the parties, evidenced primarily by the contract between them, it becomes clear that "the maritime or shipping aspects of the business arrangement between the parties were minuscule or incidental", incidental, that is, to a contract for the <sup>h</sup> sale of goods which is the dominant feature of their relationship. As is evident from the face of the telex of October 11, 1985, the parties were concerned primarily with the conclusion of an agreement for the sale and delivery of urea. Most of the terms of their bargain are traditionally associated with contracts of <sup>i</sup> sale, such as quality, quantity etc. Due, however, to the contingencies facing the parties in the particular instance, certain terms, of a more "maritime nature" <sup>j</sup> it is argued, were used, such as the CIF-FO terms going to price, and the demurrage and discharge

l'affaire *Sumitomo Shoji Canada Ltd. c. Le «Juzan Maru»*, [1974] 2 C.F. 488, a dit, à la p. 496, que pour caractériser des demandes soulevant la question de la compétence, il faut «analyse[r] l'essence de l'accord» <sup>a</sup> passé entre les parties. Cette approche a été commentée et approuvée dans la décision *Kuhr c. Le «Friedrich Busse»*, [1982] 2 C.F. 709, où le juge Addy affirme, à la p. 717:

Dans cette espèce [*Le navire «Juzan Maru»*], la Cour déclina sa compétence manifestement parce que, à l'examen de l'essence véritable du contrat, à la lumière de tous les faits et du cas d'espèce, il apparaissait que les aspects maritimes des arrangements d'affaires intervenus entre les parties étaient minimes voire accidentels <sup>c</sup> [. . .] l'essence de l'arrangement n'était pas maritime. Je souscris entièrement à ce principe . . . .

Il s'agit là d'une approche logique et celle qui est <sup>d</sup> généralement suivie pour résoudre ce genre de questions. En outre, cette approche fait partie intégrante de toute enquête portant sur «ce qui constitue, «de par son caractère véritable», une matière d'une nature <sup>e</sup> locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province» (l'arrêt *ITO*, précité, à la p. 774). Donc, aux fins de déterminer si la demande ici en cause ressortit à la Cour fédérale en <sup>f</sup> raison de sa compétence en matière de droit maritime, je porterai une attention particulière à cette méthode analytique.

À mon avis, dès qu'on examine la nature des <sup>g</sup> rapports existant entre les parties, rapports constatés surtout par le contrat qu'elles ont passé, il devient évident que «les aspects maritimes des arrangements d'affaires intervenus entre les parties étaient minimes <sup>h</sup> voire accidentels», c'est-à-dire qu'ils étaient accessoires au contrat de vente de marchandises qui constitue l'élément prédominant de leurs rapports. Comme le révèle le télex du 11 octobre 1985, la principale <sup>i</sup> préoccupation des parties était la passation d'un contrat pour la vente et la livraison d'urée. Or, la plupart des clauses de leur contrat, qui concernent notamment la qualité et la quantité, sont de celles qui se retrouvent traditionnellement dans les contrats de <sup>j</sup> vente. En raison, toutefois, des contingences devant lesquelles les parties se trouvaient en l'espèce, certaines clauses de caractère plus maritime, telles que la

terms. However, once one examines the essence of the agreement between the parties taken as a whole, it becomes evident that, despite the apparent maritime trappings of certain wording of the contract, in reality it operated merely to further the primary goal of the parties, being the sale and delivery of a quantity of urea. Navigation and shipping does not comprehend the contract entered into by the parties here. It was not concerned with the carriage of goods by sea nor was it concerned with stevedoring services. Monk's contract with the carrier is separate and independent from the contract it concluded with Island.

It is purely incidental, due only to the fact that Monk purchased the urea in Russia, that the carriage had to be done by sea. It could, for that matter, have been done by plane or by truck. Quite independently of its contract for the sale of the urea to Island, Monk entered into a contract for the carriage of the goods. The fact that Island was aware that the goods would be shipped in this fashion and that it undertook to pay a price for the goods that comprehended the cost of freight and insurance and undertook to pay demurrage and the expense of discharge in no way alters the nature of the contract between Monk and Island. Island undertook no obligation whatsoever as to the actual carriage by sea. Had the goods not been delivered, Island would have had no recourse against the carrier, but only a civil recourse against Monk for breach of contract, a purely provincial matter.

While I agree with Hugessen J.A. that the problem lies in characterizing the subject matter of the claim, I cannot agree that the contract evidenced by the telex embodies a number of contracts, among others a contract of sale, a contract of carriage and a contract for marine insurance entered into between Monk and Island. While Monk had a contractual obligation to obtain insurance for the benefit of Island, Island was not the contracting party, Monk was. Similarly, while Monk had obligations regarding the payment of

clause CAF-FO relative au prix et les clauses concernant les surestaries et le déchargement, ont été utilisées. Cependant, quand on examine au fond l'ensemble du contrat intervenu entre les parties, on se rend compte qu'en dépit de «l'aspect maritime» de certaines clauses du contrat, celles-ci ne servaient en réalité qu'à permettre aux parties d'atteindre leur but principal, à savoir la vente et la livraison d'une quantité déterminée d'urée. Le contrat qu'ont passé les parties en l'espèce ne relève pas du domaine de la navigation et des expéditions par eau. Il ne porte ni sur le transport de marchandises par mer ni sur la prestation de services de manutention. Le contrat conclu par Monk avec le transporteur existe séparément et indépendamment de celui qu'elle a passé avec Island.

C'est une circonstance purement accessoire, tenant uniquement à ce que Monk a fait l'achat de l'urée en Russie, que le transport a dû se faire par mer. Le transport par avion ou par camion aurait pu être en cause. Tout à fait indépendamment de son contrat de vente d'urée à Island, Monk a passé un contrat pour le transport des marchandises. Et le fait que Island savait que ces marchandises seraient transportées de cette manière et qu'elle ait convenu d'un prix d'achat qui comprenait le fret et le coût de l'assurance, ainsi que l'engagement qu'elle a pris de payer les surestaries et d'acquitter les frais de déchargement ne changent absolument rien à la nature du contrat intervenu entre Monk et Island. Cette dernière n'a contracté aucune obligation, quelle qu'elle soit, en ce qui concerne la transport par mer comme tel. En cas de non-livraison des marchandises, Island n'aurait pas pu exercer de recours contre le transporteur, mais aurait dû se borner à poursuivre Monk au civil pour rupture du contrat, affaire purement provinciale.

Si je partage l'avis du juge Hugessen que le problème réside dans la caractérisation de l'objet de la demande, je ne puis admettre que le contrat constaté par le télex renferme en fait plusieurs contrats, dont un contrat de vente, un contrat de transport et un contrat d'assurance maritime, intervenus entre Monk et Island. Il incombait certes à Monk une obligation contractuelle d'obtenir de l'assurance au profit de Island, mais la partie contractante était Monk et non pas Island. De même, bien que Monk ait eu des obli-



freight, it was toward the carrier, not Island, as was similarly the case regarding the discharge of the cargo. The contract of insurance and contract of carriage, to which Hugessen J.A. refers as conferring jurisdiction upon the Federal Court, are, in my respectful opinion, contracts entered into between Monk and the carrier, not between Monk and Island. While I would have little difficulty in finding jurisdiction in the Federal Court if terms of the contract of insurance between Monk and National Surety Corporation were in dispute (clearly within Federal Court jurisdiction under the authority of *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283) or if Monk, as the charterer under the charter-party entered into with Superchart I/S, the owners of the *Super Spirit*, disputed some of the terms relevant to that relationship; here, however, claims of such undisputed maritime quality are not in issue.

When one examines Monk's claim in its entirety and in the factual context in which it arose, one can only conclude that it is inseparable from the contract of sale. The price of the goods was set taking into account the shipping arrangements made by Monk. Therefore, the price of the urea, an essential term of the contract of sale, provides the appropriate focus for this dispute. In this framework, it is not, in my opinion, possible to separate out individual claims and allocate them to categories controlled by labels such as "contract of carriage terms". McNair J., in my respectful opinion, makes a similar error in his reference to the charter-party in some fashion being incorporated by the contract of sale between the parties.

While the terms of the charter-party may have formed the reference point for the setting of the discharge and demurrage rates, this can in no way be determinative of the question of jurisdiction. In light of the caveats, discussed previously, regarding the appropriate parameters of maritime law and in light of the approach to characterization set out above,

gations relativement à l'acquittement du fret, il s'agissait d'obligations envers le transporteur plutôt qu'envers Island, ce qui valait également pour le déchargement de la cargaison. Le contrat d'assurance et le contrat de transport mentionnés par le juge Hugessen comme attributifs de compétence à la Cour fédérale sont, à mon humble avis, des contrats passés entre Monk et le transporteur et non entre Monk et Island. J'aurais conclu sans beaucoup de difficulté à la compétence de la Cour fédérale dans l'hypothèse d'une contestation portant sur les conditions du contrat d'assurance intervenu entre Monk et National Surety Corporation (la compétence de la Cour fédérale étant clairement établie par l'arrêt *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283) ou si Monk, en tant qu'affréteur aux termes de la charte-partie conclue avec Superchart I/S, propriétaire du *Super Spirit*, avait contesté certaines clauses ayant trait aux rapports résultant de cette charte-partie. En l'espèce, toutefois, il n'est nullement question de demandes revêtant un caractère aussi incontestablement maritime.

Quand on examine la réclamation de Monk dans son ensemble et dans le contexte factuel où elle est née, l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'elle est indissociable du contrat de vente. Les arrangements pris par Monk en ce qui concerne le transport ont été pris en considération dans la fixation du prix des marchandises. C'est donc en fonction du prix de l'urée—condition essentielle du contrat de vente—qu'il convient d'aborder le présent litige. Dans ce contexte, il est impossible, selon moi, d'isoler des réclamations individuelles et de les classer sous des rubriques telles que «conditions du contrat de transport». J'estime, en toute déférence, que c'est précisément là l'erreur que commet le juge McNair en disant de la charte-partie qu'elle a été de quelque manière incorporée dans le contrat de vente intervenu entre les parties.

Il se peut que les conditions de la charte-partie aient servi de point de référence pour l'établissement du rythme de déchargement et du taux des surestaries, mais cela n'est nullement déterminant sur la question de la compétence. Étant donné les réserves, précédemment exprimées, quant aux limites qu'il convient d'imposer à l'étendue du droit maritime et

maritime trappings of this nature must be viewed as inconclusive and reliance on them, in determining questions of jurisdiction, ill-founded. Rather, I am in agreement with the manner in which Desjardins J.A. at the Court of Appeal describes the context of the claim. At page 392 she states that:

The contract at issue was concluded exclusively by the appellant, the buyer, and the respondent, the seller. The seller undertook to take measures to have the cargo delivered CIF to the buyer who in turn took as his responsibility the discharge of the cargo at specified ports of call, hence the words FO for "free out" found in the contract. The seller then signed a contract of carriage, the charter-party, with the owners of the vessel. We are not concerned with that second contract which is a maritime contract. [Emphasis added.]

I would add that the mere use of words such as "demurrage", "free-out" in a contract cannot, without more, ground jurisdiction unless such words are used in a maritime contract. Further, even assuming, as my colleague Iacobucci J. asserts, that the discharge of cargo from a ship is a maritime matter, it is clear that the claim here is not properly comprehended by this characterization. In my view, an examination of the relationship between the parties demonstrates that the claim in the instant case revolves around the contract price of the goods and not their discharge. That this is the proper view of the claim is discussed at greater length below.

### Nature

The above discussion was largely concerned with the proper framework within which to characterize the claim before us and in setting out certain general considerations pertinent on the facts of this case. I will now examine each of the items of Monk's claim to show that an analysis at an increased level of specificity does not detract from the general conclusion reached above, namely that the claim, in its essence, flows from a contract for the sale of goods, a claim

compte tenu du mode de caractérisation exposé plus haut, une telle apparence de l'existence d'un caractère maritime doit être tenue pour non concluante et on ne saurait à bon droit s'y fier pour trancher des questions de compétence. Pour ma part, j'approuve l'exposé du contexte de la demande en question qu'a fait le juge Desjardins de la Cour d'appel. À la page 2, elle dit:

Le contrat en cause a été conclu exclusivement par l'appelante, l'acheteur, et par l'intimée, le vendeur. Le vendeur s'est engagé à prendre des mesures pour faire livrer la cargaison CAF à l'acheteur, qui, pour sa part, a assumé l'obligation de décharger la cargaison à des ports d'escale donnés, une obligation qui se trouve exprimée au contrat par le terme «FO» (*free out*) (Franco déchargement). Le vendeur a alors signé un contrat de transport, la charte-partie, avec les propriétaires du navire. Ce second contrat, qui constitue un contrat maritime, ne nous concerne pas. [Je souligne.]

Je tiens à ajouter que le seul emploi de mots tels que «surestaries» et «franco déchargement» sans plus dans un contrat ne suffit pas pour fonder la compétence, à moins que ces mots ne soient utilisés dans un contrat maritime. En outre, même à supposer, comme mon collègue le juge Iacobucci l'affirme, que le déchargement de la cargaison d'un navire relève du domaine maritime, il est évident qu'on ne saurait légitimement en dire autant de la réclamation ici en cause. À mon avis, il se dégage de l'examen des rapports existant entre les parties que cette demande concerne le prix des marchandises stipulé au contrat plutôt que leur déchargement. Que ce soit là la caractérisation appropriée de la réclamation est discuté de façon plus détaillée ci-après.

### Nature

Dans l'analyse qui précède, il s'agissait principalement d'établir le cadre dans lequel il convient de procéder à la caractérisation de la demande qui nous a été soumise et d'exposer certaines considérations générales qui sont pertinentes dans les circonstances de la présente instance. Je me propose maintenant d'examiner chacun des points avancés dans la demande de Monk afin de démontrer qu'un examen encore plus minutieux n'affaiblit aucunement la conclusion générale tirée plus haut, à savoir que la demande découle essentiellement d'un contrat de

that, therefore, falls outside the Federal Court's jurisdiction over maritime law.

Monk firstly claims that Island discharged more from the ship than permitted under the terms of the contract and thus owes Monk for this overage. There is little to be said about this item since it is so obviously, in my opinion, solely related to the contract for the sale of urea and not in any way to any matter of a maritime nature. As Pratte J.A. in the Federal Court of Appeal noted at p. 386, this claim is simply one for the price of goods sold and delivered. It flows directly from one of the essential terms of the contract of sale. The connection to maritime law, if any, is exceedingly remote and the connection goes little if any distance towards establishing the integral connection articulated by McIntyre J. in *ITO*, *supra*. The only possible connection to maritime law is found in the agreement between the parties that the amount discharged was to be determined by way of draft survey, a technique often resorted to in cases of goods of a bulk nature carried by ship. An appropriate response to the contention that this suffices to stamp the claim with the label "maritime" is found in the reasons of Desjardins J.A. at the Court of Appeal. She dispenses with the argument in this fashion at p. 392:

Under the contract of sale, the buyer was not entitled to take more than what he had asked for. That he took more because it was bulk cargo and because of the difficulty of proper weighing, inherent to marine carriage of this type, does not make the claim for excess a maritime contract. As a matter of comparison, had the type of weighing retained for the measurement of the cargo been done on land after the discharge instead of by draft surveys, and had the scales been false or incorrect in violation of the provisions of the **Weights and Measures Act**, R.S.C. 1985, c. W-6, would any excess claim, inherently resulting from the operation, become federal because **Weights and Measures** are a federal

vente de marchandises et échappe donc à la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime.

Monk fait valoir en premier lieu que Island a déchargé du navire davantage que ce qui était prévu au contrat et est en conséquence tenue de payer à Monk le prix de cet excédent. Point n'est besoin de nous attarder sur ce moyen car il est bien évident, selon moi, qu'il se rapporte uniquement au contrat de vente d'urée et ne relève aucunement du domaine maritime. Comme le fait remarquer le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale, à la p. 3, il s'agit simplement d'une demande de paiement du prix de marchandises vendues et livrées. Cette demande découle directement de l'une des conditions essentielles du contrat de vente. Tout lien qu'elle peut avoir avec le droit maritime est extrêmement faible et ne constitue guère le genre de lien intégral évoqué par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, précité. En effet, le seul lien possible avec le droit maritime vient de ce que les parties ont convenu que la quantité de marchandises déchargées était à déterminer par la méthode de vérification des tirants d'eau, souvent employée pour établir la quantité de marchandises transportées en vrac à bord d'un navire. Une réponse appropriée à l'argument voulant que cela suffise pour faire relever la demande du domaine «maritime» se dégage des motifs du juge Desjardins de la Cour d'appel, qui, aux pp. 2 et 3, écarte dans les termes suivants cet argument:

En vertu du contrat de vente, l'acheteur n'avait pas le droit de prendre plus de marchandises qu'il n'en avait demandées. La demande relative à la cargaison excédentaire ne revêt pas le caractère d'un contrat maritime parce que l'acheteur a pris davantage de marchandises parce que la cargaison était une cargaison en vrac et que l'évaluation de son poids exact présentait certaines difficultés, inhérentes à ce genre de transport maritime. À titre comparatif, supposons que le mesurage de la cargaison ait eu lieu selon une méthode de pesée pratiquée au sol après le déchargement plutôt que par une vérification des tirants d'eau, et supposons que la balance utilisée ait été inexacte ou inadéquate et ait violé les dispositions de la Loi sur les poids et mesures, L.R.C. 1985, chap. W-6; toute demande relative au surplus, résultant de façon inhérente de cette opération, serait-elle de compétence fédérale au motif que les poids et mesures constituent une matière fédérale en vertu du paragraphe 17

matter under s. 91, paragraph 17 of the Constitution Act, 1867? Obviously not.

Pratte J.A., reached the same conclusion for similar reasons.

The dispute as to the excess amount of urea allegedly discharged, consequently, does not ground jurisdiction in the Federal Court but, instead, falls squarely within the domain of the provinces and their respective Sale of Goods Acts and must be dealt with by the courts of the province.

The factual considerations relevant to the second and third items of Monk's claim are, to some extent, similar, therefore I will discuss them together. They involve a demand by Monk for reimbursement of the money it expended in the rental of shore equipment to unload the ship and for demurrage, consequent upon the delay incurred at Saint John in unloading the ship.

These items are, again, properly characterized only upon an examination of the entire set of circumstances within which they arise. Only by resorting to this larger set of facts can the essence of the arrangement between the parties be discovered. Like the excess product, these two items are inextricably linked to the contract of sale between the two parties. The evidence shows that there was some confusion and dispute between the parties as to the kind of vessel that was to be chartered by Monk. Island argues that the vessel should have been capable of discharging itself, whereas Monk argues that they had agreed to a self-gearred vessel, one not so equipped. A dispute as to the kind of vessel to be chartered by Monk directly affected the contractual arrangements distributing the transportation costs between the parties and, hence, price. The nature of the dispute is therefore one that is tied to the larger agreement of sale. It is impossible then, in my view, in light of the entire set of circumstances surrounding this transaction, to separate out these last two items as being of a maritime nature. We do not have before us a claim by the stevedores responsible for unloading the ship nor a claim going to the terms of the charter-party between Monk and the owners of the *Super Spirit*, clearly matters of a maritime nature. There is nothing here

de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867? Évidemment pas.

Le juge Pratte est arrivé à la même conclusion pour des motifs semblables.

La contestation relative à la quantité excédentaire d'urée qui aurait été déchargée, loin de fonder la compétence de la Cour fédérale, relève donc carrément des provinces et de leurs lois respectives concernant la vente de marchandises et doit en conséquence être réglée par les tribunaux provinciaux.

Les considérations factuelles qui s'appliquent aux deuxième et troisième volets de la réclamation de Monk présentent une certaine similarité, de sorte que je les examinerai ensemble. Il s'agit d'une demande de remboursement des sommes dépensées par Monk pour la location d'équipement de quai aux fins du déchargement du navire et d'une demande de paiement de surestaries par suite du retard dans le déchargement du navire à Saint John.

Ces demandes ne peuvent, elles non plus, être caractérisées avec exactitude qu'au terme d'un examen de l'ensemble des circonstances dont elles procèdent. Ce n'est que par référence à cet ensemble plus large de faits qu'on peut dégager l'essence de l'arrangement intervenu entre les parties. Tout comme la demande relative à l'excédent de marchandises, ces deux demandes sont inextricablement liées au contrat de vente conclu par les deux parties. La preuve fait état, chez ces dernières, d'une certaine confusion et d'un différend quant au genre de navire que devait affréter Monk. Island soutient en effet qu'il aurait dû s'agir d'un navire pouvant se décharger lui-même, tandis que Monk prétend que le contrat portait sur un navire à mâts de charge, un navire donc qui n'était pas équipé pour l'autodéchargement. Or, l'existence d'une contestation relativement au type de navire à affréter par Monk influait directement sur les stipulations contractuelles touchant la répartition des frais de transport entre les parties et, par voie de conséquence, sur le prix. Il s'ensuit que la contestation est, de par sa nature, liée plus généralement au contrat de vente. Impossible donc, à mon avis, compte tenu de l'ensemble des circonstances dans lesquelles s'insère l'opération en cause, de prêter à ces deux demandes un caractère maritime. Nous ne sommes

resembling the integral connection to things maritime that would allow the Federal Court to assume jurisdiction. The words of Desjardins J.A. at p. 392 bear repeating:

In my view, the telex of October 11, 1985, is essentially a contract of sale of goods where the costs of the shipping arrangements have been distributed as between the buyer and the seller. This is not a maritime contract. The claims related to excess cargo, the rental of the shore cranes and the demurrage costs are also claims of a civil nature and not of a maritime nature. This Court has no jurisdiction.

Any other interpretation would, in my opinion, run afoul of the caveats articulated by McIntyre J. in *ITO*, *supra*. The claim here is, in its essence, or in “pith and substance”, a claim properly falling under provincial law for resolution. While Monk acted in a number of different capacities for the purpose of effecting the transaction, for example Monk was also a charterer and an insured under the marine insurance policy in order to fulfill its obligation towards Island, the parties are nevertheless properly characterized, as regards the claim in the instant case, as acting in the respective capacities of buyer and seller. The integral connection McIntyre J. envisioned, sufficient to pull matters within the jurisdiction of the Federal Court over maritime law, is not present here, nor is there a sufficient connection with a contract of carriage, a factor that McIntyre J. emphasized in coming to his conclusion in *ITO*, *supra*. It is clear that McIntyre J., in his listing of the factors that were important in the circumstances before him in *ITO*, *supra*, was both explaining his conclusion and, importantly, indicating that, in contemplating this second category of maritime law, one must clearly and carefully set out the considerations militating for the conclusion that the claims are within the jurisdiction of the Federal Court in order that matters of a purely provincial nature are not inadvertently subsumed. McIntyre J. concluded that the claim before him, in the circum-

pas saisis d'une demande présentée par les manutentionnaires qui se sont occupés du déchargement du navire, non plus que d'une demande mettant en cause les conditions de la charte-partie conclue entre Monk et les propriétaires du *Super Spirit*, demandes qui revêtiraient manifestement un caractère maritime. Il n'existe en l'espèce rien qui s'apparente au lien intime avec le domaine maritime qui permettrait à la Cour fédérale de connaître des demandes en question. Les propos que tient le juge Desjardins, à la p. 3, méritent d'être répétés ici:

À mon sens, le télex du 11 octobre 1985 est essentiellement un contrat de vente de marchandises dans lequel les frais des arrangements relatifs à l'expédition se trouvaient répartis entre le vendeur et l'acheteur. Il ne s'agit pas d'un contrat maritime. Les demandes ayant trait à la cargaison excédentaire, à la location des grues de quai et aux frais de surestaries sont également des demandes de nature civile plutôt que maritime. La Cour n'est pas compétente en la matière.

Toute autre interprétation, selon moi, entrerait en conflit avec les réserves formulées par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, précité. De par son essence ou son caractère véritable, la présente demande est de celles qui relèvent du droit provincial. Bien que Monk ait agi en diverses qualités aux fins de l'exécution de l'opération en cause—par exemple, elle a assumé en outre la qualité d'affréteur, ainsi que celle d'assuré aux termes de la police d'assurance maritime, afin de pouvoir s'acquitter de son obligation envers Island—les parties peuvent néanmoins être à bon droit caractérisées, en ce qui concerne la demande présentée en l'espèce, comme agissant respectivement à titre d'acheteur et de vendeur. Le lien intégral, envisagé par le juge McIntyre, qui suffit pour qu'une affaire relève de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime n'existe pas en l'espèce. Il n'y a pas non plus de lien suffisant avec un contrat de transport, facteur sur lequel le juge McIntyre a insisté en arrivant à sa conclusion dans l'affaire *ITO*, précitée. Il est évident que par son énumération des facteurs qui étaient importants dans les circonstances de l'affaire *ITO*, précitée, le juge McIntyre se trouvait tout à la fois à expliquer sa conclusion et, il importe de le souligner, à indiquer que, pour les fins de l'étude de cette seconde catégorie du droit maritime, on doit énoncer clairement et méticuleusement les considérations militent en faveur de la

stances of that case, was so integrally connected to maritime law as to fall within the jurisdiction of the Federal Court over maritime law.

The same careful examination and inquiry in this case necessarily results in a different conclusion. For all of the reasons given above, the law governing this contract is found in the applicable provisions of the *Sale of Goods Act* of Prince Edward Island. Both of the parties in this case agree that, should this Court conclude that the Federal Court does not have jurisdiction over the claim, recourse should be had to this body of law. Further, in oral argument before this Court, there was no disagreement as to Island's assertion that Monk was within time to proceed in the Prince Edward Island courts.

Both McNair J. at trial, and Monk, the appellant in this Court, expressed the view that the claim here falls within a specific head of jurisdiction under s. 22(2) of the *Federal Court Act*, namely, s. 22(2)(i). For ease of reference I will reproduce this subsection:

22. . . .

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any one or more of the following:

(i) any claim arising out of any agreement relating to the carriage of goods in or on a ship or to the use or hire of a ship whether by charter party or otherwise;

While the proper construction of this section is not strictly in issue, I tend to favour the interpretation put forth by the respondent, Island. At page 31 of its factum it sets forth the proper interpretation of this section:

conclusion que des demandes données ressortissent à la Cour fédérale, de manière à ce que la compétence de cette dernière ne soit pas par inadvertance étendue à des affaires de nature purement provinciale. Le juge McIntyre a conclu que, dans les circonstances de cette affaire, la demande qui lui avait été soumise était si entièrement liée au droit maritime qu'elle relevait de la compétence maritime de la Cour fédérale.

En l'espèce, au terme du même genre d'examen et d'enquête fouillés, on arrive nécessairement à une conclusion différente. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, le droit régissant le contrat en cause se trouve énoncé dans les dispositions applicables de la *Sale of Goods Act* de l'Île-du-Prince-Édouard. Les deux parties au présent litige conviennent qu'au cas où notre Cour conclurait à l'incompétence de la Cour fédérale relativement à la demande, c'est à ces règles de droit qu'il faudrait recourir. De plus, au cours des débats oraux devant notre Cour, l'assertion de Island que Monk pouvait encore engager, dans les délais, une procédure devant les tribunaux de l'Île-du-Prince-Édouard n'a pas été contestée.

Et le juge McNair en première instance et Monk, appelante en notre Cour, ont exprimé l'avis que la demande ici en cause relève de la compétence conférée par l'al. 22(2)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*, que, par souci de commodité, je reproduis ci-après:

22. . . .

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), la Section de première instance a compétence dans les cas suivants:

(i) une demande fondée sur une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire, à l'usage ou au louage d'un navire, notamment par charte-partie;

Bien qu'il ne soit pas, à strictement parler, question en l'espèce de l'interprétation qu'il convient de donner à cet alinéa, je penche personnellement pour celle proposée par l'intimée Island. À la page 31 de son mémoire, elle expose en effet la façon correcte d'interpréter ledit alinéa:

The agreement referred to in this subsection is the agreement between the seller and the owner of the ship which will carry the goods sold; if a dispute had arisen between SUPERCHARTS S/I and The Monk Corporation under this charter, the Federal Court would have had jurisdiction to entertain the matter assuming that the arbitration clause of the charterparty had been waived or found not to be binding, but this does not give a maritime character to the contract of sale itself. . . . [Citations omitted.]

If this section is construed to apply to claims in cases such as the present, I would think that, in view of the nature of the first category of maritime law, as discussed by McIntyre J. in *ITO*, *supra*, one would still have to proceed to an examination of the second category of maritime law in order to find operative law to nourish this grant of jurisdiction, a situation similar to the one facing this Court in *ITO*, *supra*. Therefore, a simple assertion that this head would apply may be insufficient. Nevertheless, it is my view that this head of jurisdiction has no application here and nothing more need be said.

Finally, there was some concern expressed during oral argument regarding the splitting of jurisdiction over Monk's claim. Due to my conclusion on the issue, this concern is academic in the instant case. This being so, I will merely repeat the words of Wilson J. in *Roberts*, *supra*, wherein she addresses the argument that Canadian courts, in order to avoid the fragmentation of jurisdiction between the Federal Court and the superior courts of the province, should adopt the concepts of "pendent and ancillary jurisdiction" developed in the United States federal courts. Her response, at pp. 333-34, is apposite here:

The concerns expressed by advocates of this more liberal approach to Federal Court jurisdiction were addressed in the United States federal courts through the

[TRADUCTION] La convention visée à cet alinéa est celle intervenue entre le vendeur, d'une part, et le propriétaire du navire à bord duquel seront transportées les marchandises vendues, d'autre part. S'il était né entre SUPERCHARTS S/I et The Monk Corporation une contestation découlant de la charte-partie en cause, c'est la Cour fédérale qui aurait eu compétence en la matière, à supposer que la clause compromissoire de la charte-partie eût fait l'objet d'une renonciation ou qu'elle eût été jugée inapplicable, mais cela ne confère au contrat de vente lui-même aucun caractère maritime . . . [Références omises.]

Si l'alinéa 22(2)i) s'interprétait de manière à viser les demandes présentées dans des affaires comme celle qui nous occupe, je croirais alors, compte tenu de la nature de la première catégorie du droit maritime, dont traite le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, précité, qu'il faudrait tout de même procéder à l'examen de la seconde catégorie du droit maritime afin d'en dégager des règles de droit opérantes susceptibles de fonder cette attribution de compétence, situation qui rejoint donc celle devant laquelle se trouvait notre Cour dans l'affaire *ITO*, précitée. En conséquence, la simple affirmation de l'existence d'une compétence fondée sur la disposition susmentionnée peut ne pas être suffisante. Comme j'estime néanmoins que cette disposition n'est pas attributive de compétence en l'espèce, point n'est besoin d'en dire davantage.

Finalement, on a manifesté lors des débats oraux une certaine inquiétude à l'égard de la fragmentation de la compétence relativement à la demande de Monk. Vu ma conclusion sur le fond, ce point ne présente qu'un intérêt théorique en l'espèce. Cela étant, je m'en tiens à reprendre le langage tenu par le juge Wilson dans l'affaire *Roberts*, précitée, où elle se penche sur l'argument selon lequel, pour éviter la fragmentation résultant du partage de la compétence entre la Cour fédérale et les cours supérieures des provinces, les tribunaux canadiens devraient adopter la notion de [TRADUCTION] «compétence globale et accessoire» élaborée par les tribunaux fédéraux des États-Unis. La réponse du juge Wilson, à la p. 334, est pertinente en l'espèce:

Les tribunaux fédéraux américains ont pris en main les inquiétudes exprimées par les partisans de cette conception plus libérale de la compétence de la Cour fédérale

development of the concept of "pendent and ancillary jurisdiction". Under this concept, if a plaintiff's claims are such that he would ordinarily be expected to try them all in one judicial proceeding, then, assuming that the federal issues are substantial, there is power in the federal courts to hear all of the issues. In some ways this is an attractive concept. However, it does not appear to find support in the existing jurisprudence of this Court nor indeed in the wording of s. 101 of the *Constitution Act, 1867* which requires the jurisdiction of any court set up pursuant to that section . . . to be "for the better Administration of the Laws of Canada". The fact that a claim resting on provincial law is "intertwined" with or affected by another claim determinable according to the "Laws of Canada" has been held not to bring the first claim within the jurisdiction of the Federal Court: see *The Queen v. Thomas Fuller Construction Co.* . . . [Emphasis added.]

### Conclusion

Having concluded that the Federal Court has no jurisdiction to entertain Monk's claim, since it does not fall within the parameters of Canadian maritime law but rather squarely within provincial jurisdiction over property and civil rights, I would, therefore, dismiss the appeal with costs and allow the cross-appeal with costs. I would, as a consequence, dismiss the whole of Monk's claim against Island with costs, reserving, if necessary, the right of the appellant to pursue its claim in the courts of Prince Edward Island.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Marler, Sproule & Pilote, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Brisset Bishop, Montréal.*

par l'élaboration du concept de [TRADUCTION] «compétence globale et accessoire». Selon ce concept, si les demandes sont telles qu'on s'attendrait normalement à ce que le demandeur les fasse toutes valoir dans une seule procédure judiciaire, alors, à supposer que les questions litigieuses fédérales sont importantes, les tribunaux fédéraux ont le pouvoir d'entendre toutes les questions litigieuses. À certains égards, c'est un concept attrayant. Il ne paraît cependant pas trouver appui dans la jurisprudence existante de cette Cour ni même dans le texte de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui exige que la compétence de tout tribunal constitué en application de cet article [. . .] vise à «assurer la meilleure exécution des lois du Canada». On a jugé que le fait qu'une demande fondée sur une loi provinciale soit «étroitement liée» à une autre demande susceptible d'être tranchée suivant les «lois du Canada» ou qu'elle soit touchée par cette autre demande n'a pas pour effet d'assujettir la première demande à la compétence de la Cour fédérale: voir *La Reine c. Thomas Fuller Construction Co.* . . . [Je souligne.]

### Conclusion

Ayant conclu que la Cour fédérale n'a pas compétence relativement à la réclamation de Monk puisque cette réclamation ne relève pas du droit maritime canadien, mais carrément de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas. Par conséquent, je suis en outre d'avis de rejeter en totalité, avec dépens, la demande de Monk contre Island, sous réserve du droit de l'appelante de saisir les tribunaux de l'Île-du-Prince-Édouard de sa réclamation, si besoin est.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté avec dépens, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelante: Marler, Sproule & Pilote, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Brisset Bishop, Montréal.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Chantal Linda Corbeil** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CORBEIL

File No.: 21897.

1991: January 31; 1991: April 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Keeping common bawdy-house — Elements of offence — Accused participating in illicit activities of common bawdy-house — Whether element of care and management of premises required for conviction of accused for keeping common bawdy-house — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210(1), (2).*

The accused, a masseuse, was charged with keeping a common bawdy-house contrary to s. 210(1) of the *Criminal Code*. She was found in a massage parlour which offers its clients a one-half hour massage "from neck to ankles" for \$60. At the option of the client, the massage would include manual masturbation. The evidence at trial indicated that the accused worked at the massage parlour several days a week. Each masseuse was responsible for greeting clients in the reception area, and either taking them to a cubicle or contacting the masseuse of the client's choice. She would record the arrival and departure of her clients. The \$60 fee was collected by the masseuse, who then turned over half of the fee to the owner of the establishment. The last masseuse to add money to the owner's cash box at the end of each day would count the money to ensure that the total amount received coincided with the number of clients logged in the register. The accused was convicted at trial but the majority of the Court of Appeal allowed her appeal and entered a verdict of acquittal. This appeal is to determine whether the existence of an element of care and management of the premises is necessary to ground a conviction for keeping a common bawdy-house contrary to s. 210(1) of the *Code*.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Chantal Linda Corbeil** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CORBEIL

N<sup>o</sup> du greffe: 21897.

1991: 31 janvier; 1991: 18 avril.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Tenue d'une maison de débauche — Éléments de l'infraction — Participation de l'accusée aux activités illicites d'une maison de débauche — Un élément de soin et d'administration des lieux est-il nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité de tenue d'une maison de débauche? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 197(1), 210(1), (2).*

L'accusée, une masseuse, a été inculpée pour tenue d'une maison de débauche en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*. Elle a été trouvée dans un salon de massage qui offrait à ses clients un massage d'une demi-heure «du cou aux chevilles» pour 60 \$. Au choix du client, le massage incluait la masturbation. La preuve offerte au procès indiquait que l'accusée travaillait au salon de massage plusieurs jours par semaine. Chaque masseuse accueillait les clients à l'avant et les conduisait dans une cabine de massage ou contactait la masseuse choisie par le client. Elle inscrivait l'heure d'arrivée et de départ de ses clients. Les frais de 60 \$ étaient perçus par la masseuse, qui en remettait la moitié au propriétaire de l'établissement. La dernière masseuse à mettre de l'argent dans la boîte qui servait de caisse au propriétaire à la fin de chaque journée comptait l'argent pour s'assurer de la correspondance du total et du nombre de clients inscrits dans le registre. L'accusée a été déclarée coupable à son procès, mais la Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel et inscrit un verdict d'acquiescement. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'existence d'un élément de soin et d'administration des lieux est nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité de tenue d'une maison de débauche en contravention du par. 210(1) du *Code*.

<sup>j</sup> *Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Cory and Stevenson JJ.: A person who satisfies the definition of “keeper” in s. 197(1) of the *Code* does not necessarily “keep” a common bawdy-house for the purposes of s. 210(1). In order to come within the offence of keeping a common bawdy-house, it is necessary: (1) that the accused have some degree of control over the care and management of the premises, and (2) that the accused participate to some extent in the “illicit” activities of the common bawdy-house. The element of participation does not require personal participation in the sexual acts which occur in the common bawdy-house; it is sufficient that the accused participate in the use of the house as a common bawdy-house. In this case, the required element of “care and management” of the premises was not present.

*Per* L’Heureux-Dubé J. (dissenting): An element of control over the care and management of the premises is not necessary to ground a conviction for keeping a common bawdy-house. The definition of a “keeper” in s. 197(1) of the *Code* includes a person who simply “uses a place permanently or temporarily, with or without the consent of the owner or occupier thereof”. A proper reading of the wording of s. 210(1) of the *Code*, in conjunction with the expansive definition of “keeper” in s. 197(1), the legislative history of the provisions, and the case law, requires only proof of a “degree of active participation in the operation” of the common bawdy-house to ground a finding of guilt for the offence in s. 210(1).

This test accommodates the range of conduct exhibited in different bawdy-house situations, from the ongoing operation of the classic brothel, to persons using a parking lot as a common bawdy-house. This approach also ensures that each and every offence described in s. 210 is separate and distinct, and that the different severity of the penalties in subss. (1) and (2) is properly reflected. The requirement of proof of a degree of control over the care and management of the common bawdy-house would mean that the conduct of some persons actually participating in the daily operation of a common bawdy-house as a business or going concern would fall outside the scope of s. 210(1). This is conduct which the section was intended to cover.

In this case, the trial judge made no error in entering a conviction. The accused fell squarely within the definition of “keeper” in s. 197(1). The evidence clearly demonstrates that the accused was an active participant in the operation of the common bawdy-house, and engaged

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Cory et Stevenson: Une personne qui répond à la définition de «tenancier» contenue au par. 197(1) du *Code* ne «tient» pas nécessairement une maison de débauche aux fins du par. 210(1). Pour que s’applique l’infraction de tenue d’une maison de débauche, deux éléments doivent exister: (1) l’accusé doit avoir un certain degré de contrôle sur le soin et l’administration des lieux et (2) l’accusé doit participer dans une certaine mesure aux activités «illicites» qui ont cours dans la maison de débauche. L’élément de participation n’exige pas une participation personnelle aux actes de nature sexuelle qui ont lieu dans la maison de débauche; il suffit que l’accusé participe à l’utilisation de la maison comme maison de débauche. En l’espèce, on ne retrouve pas l’élément de «soin et d’administration» des lieux.

*Le* juge L’Heureux-Dubé (dissidente): Un élément de contrôle sur le soin et l’administration des lieux n’est pas nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité de tenue d’une maison de débauche. La définition de tenancier du par. 197(1) du *Code* comprend une personne qui «emploie un local, de façon permanente ou temporaire, avec ou sans le consentement du propriétaire ou de l’occupant». L’interprétation correcte du libellé du par. 210(1) du *Code*, en corrélation avec la définition large de «tenancier» du par. 197(1), l’évolution historique des dispositions de la loi et la jurisprudence, exige seulement la preuve d’un «degré de participation active à l’exploitation» d’une maison de débauche pour que soit fondée la déclaration de culpabilité à l’égard de l’infraction visée au par. 210(1).

Ce critère tient compte de la diversité des types de conduite inhérents à divers cas touchant des maisons de débauche, de l’exploitation du bordel traditionnel aux cas de personnes qui utilisent un parc de stationnement comme maison de débauche. Cette approche nous assure également que chacune des infractions énumérées à l’art. 210 est séparée et distincte et que les degrés différents de sévérité des peines prévues aux par. (1) et (2) sont respectés. L’exigence de la preuve d’un degré de contrôle sur le soin et l’administration de la maison de débauche signifierait que la conduite de certaines personnes participant en fait à l’exploitation quotidienne de la maison de débauche comme entreprise ou affaire en activité, échapperait au par. 210(1). C’est une conduite que cet article est censé viser.

En l’espèce, le juge du procès n’a pas commis d’erreur en inscrivant une déclaration de culpabilité. L’accusée était nettement visée par la définition de «tenancier» au par. 197(1). La preuve montre clairement que l’accusée était une participante active à l’exploitation de la

in tasks beyond being an "inmate" on the premises or a cog in the operation.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Kerim*, [1963] S.C.R. 124; *R. v. Pierce and Golloher* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Kerim*, [1963] S.C.R. 124; *R. v. Pierce and Golloher* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388; *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543; *R. v. Mannix* (1905), 10 C.C.C. 150; *R. v. Smith* (1908), 12 O.W.R. 80; *R. v. Miket* (1938), 53 B.C.R. 37; *R. v. Richards* (1938), 70 C.C.C. 105; *R. v. Cohen*, [1939] S.C.R. 212; *R. v. Sorvari* (1937), 69 C.C.C. 281; *Perron v. The Queen* (1954), 110 C.C.C. 197; *R. v. Mark* (1924), 43 C.C.C. 368; *Wilson v. The Queen*, [1953] Que. Q.B. 424; *R. v. Marin* (1937), 68 C.C.C. 245; *R. v. Sokol* (1949), 95 C.C.C. 360; *R. v. Girone and Genoe* (1953), 106 C.C.C. 33; *R. v. Eakins* (1943), 79 C.C.C. 256; *R. v. Smith and Bird* (1951), 102 C.C.C. 126; *Lewis v. The King* (1949), 97 C.C.C. 268; *R. v. Rubenstein*, [1960] O.R. 133; *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704; *R. v. Woszczyna*; *R. v. Soucy* (1983), 6 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Karavasilis* (1980), 54 C.C.C. (2d) 530; *Theirlynck v. The King*, [1931] S.C.R. 478; *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157; *R. v. Sorko*, [1969] 4 C.C.C. 241.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting Vagrants*, S.C. 1869, c. 28.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, s. 225 [rep. & sub. 1907, c. 8, s. 2; rep. & sub. 1917, c. 14, s. 3].  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 229 [rep. & sub. S.C. 1947, c. 55, s. 4].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 173(1)(a) [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 7], 197(1) "common bawdy-house", "keeper", 210(1), (2), 212(1)(a), 213(1) [rep. & sub. c. 51 (1st Supp.), s. 1], 693(1)(a) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 140].  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 168(1)(h)(v).  
*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, ss. 195, 198, 207, 208.

maison de débauche et accomplissait des tâches qui allaient au-delà de sa simple présence sur les lieux et qu'elle était plus qu'un simple rouage dans le fonctionnement de l'entreprise.

### <sup>a</sup> Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. v. Kerim*, [1963] R.C.S. 124; *R. v. Pierce and Golloher* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

<sup>e</sup> Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. v. Kerim*, [1963] R.C.S. 124; *R. v. Pierce and Golloher* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388; *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543; *R. v. Mannix* (1905), 10 C.C.C. 150; *R. v. Smith* (1908), 12 O.W.R. 80; *R. v. Miket* (1938), 53 B.C.R. 37; *R. v. Richards* (1938), 70 C.C.C. 105; *R. v. Cohen*, [1939] R.C.S. 212; *R. v. Sorvari* (1937), 69 C.C.C. 281; *Perron v. The Queen* (1954), 110 C.C.C. 197; *R. v. Mark* (1924), 43 C.C.C. 368; *Wilson v. The Queen*, [1953] B.R. 424; *R. v. Marin* (1937), 68 C.C.C. 245; *R. v. Sokol* (1949), 95 C.C.C. 360; *R. v. Girone and Genoe* (1953), 106 C.C.C. 33; *R. v. Eakins* (1943), 79 C.C.C. 256; *R. v. Smith and Bird* (1951), 102 C.C.C. 126; *Lewis v. The King* (1949), 97 C.C.C. 268; *R. v. Rubenstein*, [1960] O.R. 133; *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704; *R. v. Woszczyna*; *R. v. Soucy* (1983), 6 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Karavasilis* (1980), 54 C.C.C. (2d) 530; *Theirlynck v. The King*, [1931] R.C.S. 478; *Patterson v. The Queen*, [1968] R.C.S. 157; *R. v. Sorko*, [1969] 4 C.C.C. 241.

### Lois et règlements cités

*Acte relatif aux Vagabonds*, S.C. 1869, ch. 28.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 173(1)a) [mod. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 7], 197(1) «maison de débauche», «tenancier», 210(1), (2), 212(1)a), 213(1) [abr. & rempl. ch. 51 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 1], 693(1)a) [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 140].  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 168(1)h)(v).  
*Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 225 [abr. & rempl. 1907, ch. 8, art. 2; abr. & rempl. 1917, ch. 14, art. 3].  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 229 [abr. & rempl. S.C. 1947, ch. 55, art. 4].  
*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 195, 198, 207, 208.

*Disorderly Houses Act* (U.K.), 25 Geo. 2, c. 36, s. VIII.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 963, 57 C.C.C. (3d) 554, allowing the accused's appeal from her conviction on a charge of keeping a common bawdy-house. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Éric Simard and Jean-Pierre Proulx, for the appellant.

Michel Ferland, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Cory and Stevenson JJ. was delivered by

LAMER C.J.—I am of the view that the appeal should be dismissed and I am largely in agreement with the reasons of Fish J.A. in the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 963, 57 C.C.C. (3d) 554.

It is important to keep in mind that the Crown's appeal is brought, as of right, under s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Consequently, the only issue which is properly before this Court is the question of law upon which Tourigny J.A. dissented in the Court of Appeal. The point of dissent in the Court of Appeal was whether the existence of an element of care and management is necessary to ground a conviction for keeping a common bawdy-house, contrary to s. 210(1) of the *Code*. I agree with the reasons of Fish J.A., and respectfully disagree with the dissenting reasons of Tourigny J.A., to the extent that I have concluded that mere participation in the "illicit" activities of a common bawdy-house is not sufficient to ground a conviction for keeping a common bawdy-house.

I agree with Fish J.A. that a person who satisfies the definition of "keeper", contained in s. 197(1), does not necessarily "keep" a common bawdy-house for the purposes of s. 210(1). I agree with Fish J.A. that while this may seem incongruous at first glance, it would be even more incongruous to interpret

*Disorderly Houses Act* (R.-U.), 25 Geo. 2, ch. 36, art. VIII.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 963, 57 C.C.C. (3d) 554, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusée contre sa déclaration de culpabilité d'avoir tenu une maison de débauche. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Éric Simard et Jean-Pierre Proulx, pour l'appelante.

Michel Ferland, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Cory et Stevenson rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et je suis en grande partie d'accord avec les motifs du juge Fish de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 963, 57 C.C.C. (3d) 554.

Il est important de garder à l'esprit que le pourvoi du ministère public est interjeté de plein droit en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Par conséquent, le seul point litigieux dont notre Cour est régulièrement saisie est la question de droit qui a donné lieu à la dissidence du juge Tourigny en Cour d'appel, c'est-à-dire la question de savoir si l'existence d'un élément de soin et d'administration est nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité de tenue d'une maison de débauche en contravention du par. 210(1) du *Code*. Je suis d'accord avec les motifs du juge Fish et, avec égards, je ne peux partager les motifs de dissidence du juge Tourigny dans la mesure où je conclus que la simple participation aux activités «illicites» qui ont cours dans une maison de débauche n'est pas suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de tenue d'une maison de débauche.

Je partage l'avis du juge Fish qu'une personne qui répond à la définition de «tenancier» contenue au par. 197(1) ne «tient» pas nécessairement une maison de débauche aux fins du par. 210(1). Je suis d'accord avec le juge Fish que, bien que cela puisse sembler incongru à première vue, il serait encore plus incon-

“keeps” in s. 210(1) in such a way that the “lesser” offence (set out in s. 210(2)) required a greater degree of culpability than the more serious, indictable offence set out in s. 210(1).

In my view, the judgment of this Court in *R. v. Kerim*, [1963] S.C.R. 124, is consistent with the conclusion that mere participation in the “illicit” activities of a common bawdy-house is not sufficient to ground a conviction for keeping a common bawdy-house. In *Kerim*, the accused was the president of the company which owned the gaming house, and he was on the premises each evening. Thus, in *Kerim*, an element of control over the premises was clearly present. What was not present, however, was any participation by the accused in the wrongful use of the place. This Court held that without the element of participation, the accused could not be said to “keep” a common gaming house.

In the case at bar, the facts are effectively reversed. The accused, Ms. Corbeil, was found by the trial judge to have participated in the “illicit” activities of the common bawdy-house. The accused in this case clearly “occupied” the Studio and used it “permanently or temporarily”. However, the required element of having a degree of control over the care and management of the premises which was present in *Kerim, supra*, is not present in the case at bar.

The above analysis can be summarized as follows. In order to come within the offence of keeping a common bawdy-house, it is necessary that two elements be present: (1) that the accused have some degree of control over the care and management of the premises, and (2) that the accused participate to some extent, as was said in *Kerim*, in the “illicit” activities of the common bawdy-house. This is not to say that the element of participation requires personal participation in the sexual acts which occur in the common bawdy-house, but it is sufficient that the accused participate in the use of the house as a common bawdy-house. Of course, the element of participation in “illicit” activities is not necessary to satisfy the lesser offence set out in s. 210(2)(c), which provides that an owner, landlord, etc., or person who otherwise has charge or control of any place who knowingly permits the place or any part thereof to be

gru d’interpréter le verbe «tient» du par. 210(1) de manière que l’infraction «moindre» (prévue au par. 210(2)) exige un degré plus élevé de culpabilité que l’infraction plus grave, punissable par voie de mise en accusation, prévue au par. 210(1).

À mon avis, l’arrêt de notre Cour *R. v. Kerim*, [1963] R.C.S. 124, est compatible avec la conclusion que la simple participation aux activités «illicites» d’une maison de débauche n’est pas suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de tenue d’une maison de débauche. Dans l’affaire *Kerim*, l’accusé était le président de la société qui était propriétaire de la maison de jeu, et il était sur les lieux chaque soir. Ainsi, dans l’affaire *Kerim* il existait clairement un élément de contrôle sur les lieux. Ce qui n’existait pas, cependant, c’était une participation de l’accusé à l’utilisation illicite de l’endroit. Notre Cour a conclu que, sans l’élément de participation, on ne pouvait pas dire que l’accusé «tenait» une maison de jeu.

En l’espèce, c’est la situation inverse. Le juge du procès a conclu que l’accusée, M<sup>me</sup> Corbeil, a participé aux activités «illicites» de la maison de débauche. Il est clair que l’accusée en l’espèce était un «occupant» du local et l’utilisait de façon «permanente ou temporaire». Cependant, l’élément requis de contrôle quant au soin et à l’administration des lieux, qui existait dans l’affaire *Kerim*, précitée, est inexistant en l’espèce.

L’analyse qui précède peut se résumer comme suit. Pour que s’applique l’infraction de tenue d’une maison de débauche, deux éléments doivent exister: (1) l’accusé doit avoir un certain degré de contrôle sur le soin et l’administration des lieux, et (2) l’accusé doit participer dans une certaine mesure, comme le dit l’arrêt *Kerim*, aux activités «illicites» qui ont cours dans la maison de débauche. Cela ne signifie pas que l’élément de participation exige une participation personnelle aux actes de nature sexuelle qui ont lieu dans la maison de débauche; il suffit que l’accusé participe à l’utilisation de la maison comme maison de débauche. Évidemment, l’élément de participation aux activités «illicites» n’est pas nécessaire pour constituer l’infraction moindre prévue à l’al. 210(2)(c) qui prévoit qu’un propriétaire, locateur, etc., ou une personne ayant autrement la charge ou le contrôle d’un local, qui permet sciemment que ce local ou une

let or used for the purposes of a common bawdy-house is guilty of an offence punishable on summary conviction. Because the offence of keeping a common bawdy-house is a more serious, indictable offence than that set out in s. 210(2)(c), both the elements of culpability are required to support a conviction under s. 210(1). In plain language, the accused under s. 210(2)(c) is passive in the face of the illicit use of the house, but under s. 210(1) he or she is active.

I note that although Parliament has chosen to regulate, through the *Criminal Code*, many activities related to prostitution and the practice of indecent acts, such as procuring a person to have illicit sexual intercourse with another person (s. 212(1)(a)) and soliciting in a public place for the purpose of engaging in prostitution (s. 213(1)), prostitution itself is not illegal in Canada (see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1162). Section 210(1), as a further example, does not prohibit acts of prostitution, but makes it a criminal offence to keep a common bawdy-house. For this additional reason, I am of the view that, to ground a conviction under s. 210(1), it must be established that the accused exercised a degree of control over the care and management of the premises. If this element of control over care and management is not necessary to ground a conviction, the meaning of “keeps” for the purposes of s. 210(1) would effectively be expanded, given the broad definition of “common bawdy-house” in s. 197(1), to cover the act of prostitution itself. This would be the result because a mere user of a place for the purposes of prostitution would be guilty of keeping a common bawdy-house under s. 210(1). In my opinion, a person who merely uses a place for the purposes of prostitution without attempting to exert any control over the care and management of those premises, as was the case in *R. v. Pierce and Golloher* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388 (Ont. C.A.), does not “keep” the place as a common bawdy-house. If that person is not guilty of a related offence, such as the commission of

partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche, est coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Parce que l’infraction de tenue d’une maison de débauche est une infraction plus grave, punissable par voie de mise en accusation, que celle prévue à l’al. 210(2)c), les deux éléments de culpabilité sont nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu du par. 210(1). Plus simplement, dans le cas visé à l’al. 210(2)c), l’accusé est passif devant l’utilisation illicite de la maison mais, dans le cas visé au par. 210(1), il est actif.

Je signale que, bien que le Parlement ait choisi de réglementer au moyen du *Code criminel* de nombreuses activités reliées à la prostitution et aux actes d’indécence, comme induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne (al. 212(1)a)) et solliciter une personne dans un endroit public aux fins de la prostitution (par. 213(1)), la prostitution elle-même n’est pas illégale au Canada (voir *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1162). Le paragraphe 210(1), un autre exemple, n’interdit pas la prostitution; il érige en infraction criminelle l’action qui consiste à tenir une maison de débauche. Pour cet autre motif, je suis d’avis que, pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu du par. 210(1), il faut établir que l’accusé exerçait un degré de contrôle sur le soin et l’administration des lieux. Si cet élément de contrôle sur le soin et l’administration n’était pas nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité, le sens du verbe «tenir» aux fins du par. 210(1) serait en réalité étendu, vu la définition large de «maison de débauche» au par. 197(1), de manière à comprendre la prostitution elle-même. Il en serait ainsi parce qu’un simple usager d’un endroit aux fins de la prostitution serait coupable de l’infraction visée au par. 210(1), la tenue d’une maison de débauche. À mon avis, une personne qui utilise simplement un endroit à des fins de prostitution sans tenter d’exercer aucun contrôle quant au soin et à l’administration de ces lieux, comme c’était le cas dans l’affaire *R. v. Pierce and Golloher* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388 (C.A. Ont.), ne «tient» pas l’endroit en tant que maison de débauche. Si cette personne n’est pas coupable d’une infraction reliée, comme la perpétration d’une

an indecent act in a public place (s. 173(1)(a)), his or her conduct is not proscribed by the *Criminal Code*.

For these reasons, I would dismiss the appeal and uphold the acquittal entered by the Quebec Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This appeal concerns the interpretation of s. 210(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, formerly s. 193(1) under which the respondent was charged. Since I cannot agree with the Chief Justice's reasons nor with the result he reaches, I respectfully dissent for the following reasons.

#### Facts

The respondent was discovered in Studio Altesse, a massage parlour which offered its clients a one-half hour massage "from neck to ankles" for \$60. At the option of the client, the massage would include manual masturbation. The \$60 fee was collected by a masseuse such as the respondent, who then turned over half of the fee to the owner of the establishment, Mr. André Véronneau. The masseuse kept the other half. In this case, the police arrived to find the respondent in one of the cubicles of the Studio, wearing a pink "mini-dress". Her client was entirely nude.

At the respondent's trial, both the owner and Manon St-Denis, another employee of the Studio, testified for the Crown. (Both Véronneau and St-Denis were convicted under former s. 193(1) (now s. 210(1)) of the *Code*, from evidence arising out of the same police raid.) The testimony in chief of St-Denis reveals that the respondent was not the manager of the Studio. St-Denis also testified that when a customer arrived on the premises, a masseuse, in this case the respondent, would meet the customer out front and they would proceed into a cubicle for the massage. There was no regular receptionist. If the client requested a different masseuse than the one who greeted him, or asked who the others were, another would be brought out. Regular clients could then be linked to their favourite masseuse. In addition, there was a register in which each masseuse was

action indécente dans un endroit public (al. 173(1)a)), sa conduite n'est pas interdite par le *Code criminel*.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir l'acquittement inscrit par la Cour d'appel du Québec.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Ce pourvoi concerne l'interprétation du par. 210(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, antérieurement le par. 193(1) aux termes duquel l'intimée a été accusée. Comme je ne suis pas d'accord avec les motifs et la conclusion du Juge en chef, avec déférence, j'inscris ma dissidence pour les motifs exposés ci-dessous.

#### Les faits

L'intimée a été trouvée au Studio Altesse, un salon de massage qui offrait à ses clients un massage d'une demi-heure «du cou aux chevilles» pour 60 \$. Au choix du client, le massage incluait la masturbation. Les frais de 60 \$ étaient perçus par une masseuse, telle l'intimée, qui en remettait la moitié au propriétaire de l'établissement, M. André Véronneau. La masseuse conservait l'autre moitié. En l'espèce, l'intimée, vêtue d'une «mini-robe» rose, se trouvait dans l'une des cabines du salon à l'arrivée de la police. Son client était entièrement nu.

Au procès de l'intimée, et le propriétaire et Manon St-Denis, une autre employée du salon, ont été des témoins à charge. (Véronneau et St-Denis ont été déclarés coupables de l'infraction prévue au par. 193(1) (maintenant par. 210(1)) du *Code*, sur la foi des preuves résultant de la même descente de police). La déposition principale de St-Denis a révélé que l'intimée n'était pas la gérante du salon. St-Denis a également témoigné que, lorsqu'un client arrivait, une masseuse, en l'espèce l'intimée, le rencontrait à l'avant et ils se rendaient ensemble dans une cabine de massage. Il n'y avait pas de réceptionniste en permanence. Si le client désirait une autre masseuse que celle qui l'avait accueilli, ou s'informait s'il y en avait d'autres, une autre se présentait. Les habitués pouvaient ainsi retrouver leur masseuse favorite. En outre, on tenait un registre dans lequel chaque mas-

required to log the arrival and departure of her clients, thus keeping track of the number of customers visiting the Studio each day. Clients paid the masseuse directly and she would later put half in a cash box which Véronneau would pick up either at the end of the day or the next morning. The last masseuse to add money to the cash box each day would count the money to ensure that the total amount of money received coincided with the number of clients logged in the register.

It was on this evidence that the respondent was convicted at trial and it was on this evidence that the dissenting judge in the Court of Appeal found a degree of control in the illegal use of the premises by the respondent. The majority took a different view of the law, allowed the appeal and registered a verdict of acquittal.

#### Legislative Provisions

The provisions relevant to this appeal are found in Part VII of the *Criminal Code* entitled "Disorderly Houses, Gaming and Betting". Section 197(1) (s. 179(1) at the time of trial) reads in part as follows:

197. (1) In this Part,

. . . .

"common bawdy-house" means a place that is

- (a) kept or occupied, or
- (b) resorted to by one or more persons

for the purpose of prostitution or the practice of acts of indecency;

. . . .

"keeper" includes a person who

- (a) is an owner or occupier of a place,
- (b) assists or acts on behalf of an owner or occupier of a place,
- (c) appears to be, or to assist or act on behalf of an owner or occupier of a place,
- (d) has the care or management of a place, or

seuse était obligée d'inscrire l'heure d'arrivée et de départ de ses clients, ce qui permettait le calcul du nombre de clients par jour. Les clients payaient la masseuse directement et celle-ci déposait ensuite la moitié du prix dans une boîte que Véronneau ramassait soit à la fin de la journée, soit le lendemain matin. La dernière masseuse à mettre de l'argent dans la boîte chaque jour comptait l'argent pour s'assurer que le total correspondait au nombre de clients inscrits dans le registre.

C'est sur la foi de cette preuve que l'intimée a été déclarée coupable au procès et c'est sur cette même preuve que le juge dissident en Cour d'appel a conclu que l'intimée exerçait un degré de contrôle sur l'utilisation illégale du local. La majorité a interprété différemment la loi, a fait droit à l'appel et a inscrit un verdict d'acquiescement.

#### Les textes législatifs

Les dispositions applicables à ce pourvoi sont énoncées à la partie VII du *Code criminel* intitulée «Maisons de désordre, jeux et paris». Le paragraphe 197(1) (par. 179(1) au moment du procès) est ainsi rédigé:

197. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . . .

«maison de débauche» Local qui, selon le cas:

- a) est tenu ou occupé;
- b) est fréquenté par une ou plusieurs personnes,

à des fins de prostitution ou pour la pratique d'actes d'indécence.

h

. . . .

«tenancier» S'entend notamment d'une personne qui, selon le cas:

- a) est un propriétaire ou occupant d'un local;
- b) aide un propriétaire ou occupant d'un local ou agit pour son compte;
- c) paraît être propriétaire ou occupant d'un local ou paraît lui aider ou agir pour son compte;
- d) a le soin ou l'administration d'un local;



(e) uses a place permanently or temporarily, with or without the consent of the owner or occupier thereof;

e) emploie un local, de façon permanente ou temporaire, avec ou sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant.

Section 210 of the *Criminal Code* provides in part: *a*

L'article 210 du *Code criminel* prévoit notamment:

**210.** (1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

**210.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque tient une maison de débauche.

(2) Every one who

*b* (2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas:

(a) is an inmate of a common bawdy-house,

*a*) habite une maison de débauche;

(b) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or

*c* b) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche;

(c) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house,

*d* c) en qualité de propriétaire, locateur, occupant, locataire, agent ou ayant autrement la charge ou le contrôle d'un local, permet sciemment que ce local ou une partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche.

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

*e*

#### Judgments in the Courts Below

#### Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

In the Court of Sessions of the Peace, Judge Boyer heard testimony from Véronneau, St-Denis and two officers of the Quebec Provincial Police. After noting the admission by counsel for the respondent that the Studio was a common bawdy-house for the purposes of the *Code*, the trial judge concluded that since the respondent [TRANSLATION] "occupied this place by using it, whether on a permanent or temporary basis, as confirmed by the cheques issued to her, I find her guilty . . .".

*f* En Cour des sessions de la paix, le juge Boyer a entendu les témoignages de Véronneau, de St-Denis et de deux agents de la Sûreté du Québec. Après avoir fait remarquer que l'avocat de l'intimée avait reconnu que le salon était une maison de débauche au sens du *Code*, le juge du procès a conclu que, puisque *g* l'intimée «occupait ce local en l'employant de façon, que ce soit permanent ou temporaire, tel que confirmé par les chèques qui lui étaient émis, je la trouve coupable . . .»

In the Court of Appeal, Fish J.A. (Monet J.A. concurring with brief comments), found that there was "no evidence" on which to ground a conviction under s. 210(1) and allowed the appeal from her conviction: [1990] R.J.Q. 963, 57 C.C.C. (3d) 554 (hereinafter cited to C.C.C.). Fish J.A. analyzed the definition of "keeper" in s. 197 and the offences in s. 210, and, referring to *R. v. Kerim*, [1963] S.C.R. 124, observed (at p. 562):

*h*

En Cour d'appel, le juge Fish (le juge Monet souscrivant à la décision et ajoutant quelques observations) a conclu qu'il n'existait «aucune preuve» justifiant la déclaration de culpabilité en vertu du par. 210(1) et a fait droit à l'appel interjeté de la déclaration de culpabilité: [1990] R.J.Q. 963, 57 C.C.C. (3d) 554 (ci-après cité au R.J.Q.). Le juge Fish analyse la définition du mot «tenancier» à l'art. 197 et les infractions prévues à l'art. 210 et, se référant à l'arrêt *R. v. Kerim*, [1963] R.C.S. 124, il fait observer (à la p. 966):

*j*

Though s. 197 defines “keeper” so as to include “an owner or occupier of a place”, an owner cannot be convicted of “keeping” unless he is shown to have participated in the wrongful use of that place: *Kerim, supra*. This however does not mean, in my view, that every person who participates in the wrongful use of a place—for example, as an “inmate” or patron—thereby “keeps” it. The plain meaning of “keep” simply does not permit of that interpretation: to *use* is not to *keep*. [Emphasis in original.]

In Fish J.A.’s view, the case law imported into the offence of “keeping” an element of management or control over the common bawdy-house. In addition, he made specific reference to the amendments brought about by S.C. 1953-54, c. 51. He concluded that, although the respondent “might well” have been convicted as an inmate had she been charged under s. 210(2)(a) of the *Code*, there was no evidence on which to ground a conviction of keeping a bawdy-house according to s. 210(1) of the *Code*.

In her dissenting reasons, Tourigny J.A., noting the definition of “keeper” in s. 197(1), also considered *R. v. Kerim, supra*, and commented (at p. 557):

[TRANSLATION] I repeat, it is not sufficient to call evidence that a person occupies space or uses space in a common bawdy-house. Rather, as indicated in the *Kerim* decision, her active participation in the unlawful use must be demonstrated in order for this person to be found guilty of the indictable offence in s. 210(1) rather than the offence punishable on summary conviction found in s. 210(2).

Tourigny J.A., at p. 558, found that the cases of *R. v. Pierce and Golloher* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388 (Ont. C.A.), and *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543 (B.C.C.A.), [TRANSLATION] “seem to require a certain form of control in order for a person to be found guilty of the indictable offence” in s. 210(1). After reviewing these two judgments, in both of which the accused was acquitted, she stated (at pp. 558-59):

[TRANSLATION] Bien que l’art. 197 définisse le mot «tenancier» comme suit: «propriétaire ou occupant d’un local», le propriétaire ne peut être déclaré coupable d’avoir «tenu» un tel local que s’il est prouvé qu’il a participé à l’utilisation illicite de ce local: arrêt *Kerim*, précité. Cela ne signifie toutefois pas, à mon avis, que quiconque participe à l’utilisation illicite d’un local—par exemple, qui y habite ou qui en est client—en est tenancier. Le sens ordinaire du mot «tient» ne permet simplement pas cette interprétation: *employer*, ce n’est pas *tenir*. [En italique dans l’original.]

De l’avis du juge Fish, la jurisprudence a introduit dans l’infraction consistant à «tenir» une maison de débauche un élément d’administration ou de contrôle de cette maison. Au surplus, il a fait expressément mention des modifications apportées par S.C. 1953-54, ch. 51. Il a conclu que, bien que l’intimée [TRANSLATION] «eût bien pu» être déclarée coupable d’avoir habité la maison, si elle avait été inculpée de l’infraction prévue à l’al. 210(2)a) du *Code*, aucun élément de preuve ne justifiait la condamnation à l’égard de l’infraction consistant à tenir une maison de débauche que prévoit le par. 210(1) du *Code*.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Tourigny, faisant référence à la définition de «tenancier» du par. 197(1), étudie aussi l’arrêt *R. v. Kerim*, précité, et fait observer (à la p. 969):

Je le répète, il ne suffit pas de faire la preuve qu’une personne occupe un local ou emploie un local dans une maison de débauche, encore faut-il, comme l’a précisé l’arrêt *Kerim*, démontrer sa participation active dans l’usage illégal pour que cette personne puisse être trouvée coupable de l’acte criminel prévu au paragraphe (1) plutôt que de l’infraction punissable sur déclaration de culpabilité sur procédure sommaire prévue au paragraphe (2) de l’article 210.

Le juge Tourigny conclut à la p. 969 que les arrêts *R. v. Pierce and Golloher* (1982), 66 C.C.C. (2d) 388 (C.A. Ont.), et *R. v. McLellan* (1980), 55 C.C.C. (2d) 543 (C.A.C.-B.), «semblent exiger une certaine forme de contrôle pour qu’une personne puisse être trouvée coupable de l’acte criminel prévu» au par. 210(1). Après une revue de ces deux arrêts, tous deux menant à l’acquiescement de l’accusé, elle dit (aux pp. 969 et 970):

[TRANSLATION] The circumstances of these two cases appear significantly different from the one with which we are now concerned. In the present case, Ms. Corbeil is a person who regularly frequented the place, received money from the owner and regularly worked there, at least for a certain period, as a masseuse.

I therefore come to the conclusion that the differences between the cases are sufficient so that, contrary to the case of prostitutes who use a place from time to time, without the agreement of anyone, but rather of their own volition, the present case may give rise to a charge and conviction under s. 210(1).

Tourigny J.A. further noted that it was the masseuse who collected the fees from the clients and neither the owner nor St-Denis had control over the accounting of the receipts.

### Analysis

#### 1. Introduction

This appeal arises as of right on account of the dissent on a question of law in the Court of Appeal, and I agree with the Chief Justice regarding the question of law to be decided by this Court.

The interaction between ss. 197(1) and 210(1) of the *Criminal Code* is at the heart of the debate in this case. Beyond differing on the appreciation of the facts, the majority and the minority in the Court of Appeal diverged in their interpretation of these two sections of the *Code*. Section 210(1) states that every one who “keeps” a common bawdy-house is guilty of an offence, while s. 197(1) provides the definition of a “keeper”. The majority of the Court of Appeal found that a person falling under para. (e) of the definition of a “keeper” in s. 197(1) might not be a person who “keeps” for the purposes of s. 210(1). This raises the scope and intent of Parliament’s inclusion of para. (e) in the definition of a “keeper” in s. 197(1), of a person who “uses a place permanently or temporarily, with or without the consent of the owner or occupier thereof”.

This Court is, therefore, asked to determine whether and on what criteria one who “uses” a place under para. (e) of the definition in s. 197(1), also “keeps” a common bawdy-house under s. 210(1) and

Les circonstances de ces deux affaires me paraissent sensiblement différentes de celle qui nous occupe. Ici, M<sup>me</sup> Corbeil est une personne qui fréquente régulièrement l’endroit, reçoit des sommes d’argent du propriétaire et y travaille régulièrement, au moins pendant une période donnée, comme masseuse.

J’en viens donc à la conclusion que les différences suffisent pour que, contrairement aux cas de prostituées qui utilisent de temps à autre, sans aucun accord avec qui que ce soit et de façon individuelle, des locaux, il puisse y avoir accusation et condamnation aux termes de l’article 210(1).

Le juge Tourigny fait aussi remarquer que c’était la masseuse qui percevait le prix payé par les clients et que ni le propriétaire ni St-Denis n’exerçaient de contrôle sur la tenue des comptes.

### Analyse

#### 1. Introduction

Ce pourvoi a été formé de plein droit à cause de la dissidence sur une question de droit en Cour d’appel. Je souscris à la formulation qu’a faite le Juge en chef de la question de droit que notre Cour doit trancher.

L’interaction des par. 197(1) et 210(1) du *Code criminel* est ici au cœur du débat. Outre leur divergence dans l’appréciation des faits, les juges de la majorité et de la minorité en Cour d’appel ont interprété différemment ces deux dispositions du *Code*. Aux termes du par. 210(1), quiconque «tient» une maison de débauche est coupable d’une infraction, tandis que le par. 197(1) donne la définition du terme «tenancier». La Cour d’appel à la majorité a conclu qu’une personne visée à l’al. e) de la définition de «tenancier» donnée au par. 197(1) pourrait ne pas être une personne qui «tient» aux fins du par. 210(1). Cela soulève la question de la portée de la définition, ainsi que de l’intention du Parlement lorsqu’il a inclus à l’al. e) de la définition du mot «tenancier», au par. 197(1), une personne qui «emploie un local, de façon permanente ou temporaire, avec ou sans le consentement du propriétaire ou de l’occupant».

Notre Cour est donc appelée à décider si la personne qui «emploie» un local au sens de l’al. e) de la définition du par. 197(1) est aussi une personne qui «tient» une maison de débauche au sens du

thereby commits the offence set out in that section. In articulating the proper test, a review of both the legislative background and the pertinent authorities is in order. In addition, the interaction of the various definitions and offences in ss. 197(1) and 210(1) and 210(2) will be examined.

## 2. Legislative Background

The offences in question here find their roots in ancient English criminal law. The provisions of the *Disorderly Houses Act* (U.K.), 25 Geo. 2, c. 36, laid the foundation for similar offences in the present *Criminal Code*. In particular, the present definition of “keeper” in s. 197(1) finds its antecedent in s. VIII in the 1752 Act, which read:

VIII. And whereas, by reason of the many subtle and crafty Contrivances of Persons keeping Bawdy-houses, Gaming-houses or other disorderly Houses, it is difficult to prove who is the real Owner or Keeper thereof, by which Means many notorious Offenders have escaped Punishment; Be it enacted by the Authority aforesaid, That any Person who shall at any Time hereafter appear, act or behave him or herself as Master or Mistress, or as the Person having the Care, Government or Management of any Bawdy-house, Gaming-house or other disorderly House, shall be deemed and taken to be the Keeper thereof, and shall be liable to be prosecuted and punished as such, notwithstanding he or she shall not in Fact be the real Owner or Keeper thereof. [Emphasis added.]

In Canada, bawdy-house offences may be traced back to *An Act respecting Vagrants*, S.C. 1869, c. 28, which was passed by Parliament in 1869 and later incorporated into the original *Criminal Code*. It is interesting to note that the original *Criminal Code* created different offences in different Parts of the *Code* for a person who “keeps” any disorderly house (including a common bawdy-house), and for the “keeper” of a common bawdy-house, who was considered a vagrant. Part XIV of the *Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, was entitled “Nuisances”, and created the following offences:

195. A common bawdy-house is a house, room, set of rooms or place of any kind kept for purposes of prostitution.

par. 210(1) et commet ainsi l'infraction prévue dans cet article. Pour formuler les critères applicables, il convient d'examiner le contexte de l'adoption du texte de loi et les précédents pertinents. L'interaction des diverses définitions et infractions énoncées aux par. 197(1), 210(1) et 210(2) sera également étudiée.

## 2. Contexte législatif

Les infractions en cause remontent à l'ancien droit pénal anglais. Les dispositions de la *Disorderly Houses Act* (R.-U.), 25 Geo. 2, ch. 36, ont posé les bases des infractions de même nature prévues au *Code criminel*. En particulier, la définition actuelle de «tenancier» du par. 197(1) s'inspire de l'art. VIII de la Loi de 1752, qui se lit:

[TRADUCTION] VIII. Et attendu qu'en raison des nombreuses inventions subtiles et astucieuses des personnes qui tiennent des maisons de débauche, de jeu ou d'autres maisons de désordre, il est difficile de prouver qui en est le véritable propriétaire ou tenancier, ce qui a permis à nombre de délinquants notoires d'échapper au châtiement; Édicte, par l'autorité du susdit: Dorénavant, quiconque se montre, agit ou se conduit comme le maître ou la maîtresse, ou comme la personne chargée du soin, de la conduite ou de l'administration d'une maison de débauche, de jeu ou de désordre, sera réputé en être le tenancier et pourra être poursuivi et puni en conséquence, bien qu'en réalité il n'en soit pas le propriétaire ou le tenancier réel. [Je souligne.]

Au Canada, les infractions relatives aux maisons de débauche ont leur origine dans l'*Acte relatif aux Vagabonds*, S.C. 1869, ch. 28, que le Parlement a passé en 1869, puis incorporé dans le premier *Code criminel*. Il n'est pas sans intérêt de noter que, dans le premier *Code criminel*, on trouvait diverses infractions dans différentes parties du *Code* visant les personnes qui «tenaient» une maison de désordre (terme qui s'entend en outre d'une maison de débauche) et le «tenancier» d'une maison de débauche, qui était tenu pour un vagabond. La partie XIV du *Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, était intitulée «Des nuisances» et créait les infractions suivantes:

195. Une maison de débauche publique est une maison, chambre, suite de chambres ou local d'un genre quelconque tenu dans un but de prostitution.

198. Every one is guilty of an indictable offence and liable to one year's imprisonment who keeps any disorderly house, that is to say, any common bawdy-house, common gaming-house or common betting-house, as hereinbefore defined.

2. Any one who appears, acts, or behaves as master or mistress, or as the person having the care, government or management, of any disorderly house shall be deemed to be the keeper thereof, and shall be liable to be prosecuted and punished as such, although in fact he or she is not the real owner or keeper thereof.

Part XV, entitled "Vagrancy", contained these sections:

207. Every one is a loose, idle or disorderly person or vagrant who—

. . .

(j.) is a keeper or inmate of a disorderly house, bawdy-house or house of ill-fame, or house for the resort of prostitutes;

208. Every loose, idle or disorderly person or vagrant is liable, on summary conviction before two justices of the peace, to a fine not exceeding fifty dollars or to imprisonment, with or without hard labour, for any term not exceeding six months, or to both.

The subsequent history of the legislation reveals that Parliament, through various amendments, enlarged both the scope of the definition of "keeper" (originally found in s. 198(2)) as well as the definition of a "common bawdy-house" (originally found in s. 195).

In interpreting these sections of the 1892 *Code*, the courts found that, based on the definition of common bawdy-house in s. 195, a prostitute could not be convicted of "keeping" unless other persons also resorted to the premises for the purposes of prostitution: *R. v. Mannix* (1905), 10 C.C.C. 150 (Ont. C.A.). Parliament, in 1907 (S.C. 1907, c. 8, s. 2), amended that definition of a common bawdy-house, increasing its ambit to cover an occupier and a person or persons who would simply resort to a place of any kind for acts of prostitution. Former s. 195(1) was renumbered as s. 225 and redrafted to read:

198. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un an d'emprisonnement, tout individu qui tient une maison déréglée, c'est-à-dire, une maison de débauche, une maison de jeu, ou une maison de paris, telles que définies ci-dessus.

2. Quiconque se montre, agit ou se conduit comme le maître ou la maîtresse, ou comme la personne chargée du soin, de la conduite ou de l'administration d'une maison déréglée, sera réputé la tenir et pourra être poursuivi et puni en conséquence, bien qu'en réalité il ou elle n'en soit pas le propriétaire ou ne la tienne pas réellement.

La partie XV, intitulée «Du vagabondage», contenait les articles suivants:

207. Est réputé vagabond, libertin, désœuvré ou débauché, quiconque,—

. . .

(j.) Tient ou habite une maison déréglée, de prostitution ou mal famée, ou une maison fréquentée par des prostituées;

208. Tout vagabond, libertin, désœuvré ou débauché est, sur conviction sommaire devant deux juges de paix, passible d'une amende n'excédant pas cinquante piastres, ou d'un emprisonnement, avec ou sans travail forcé, de six mois au plus, ou des deux peines à la fois.

L'historique de la loi nous révèle que par la suite le Parlement, par diverses modifications, a élargi la portée de la définition de «tenancier» (énoncée à l'origine au par. 198(2)) ainsi que la définition de «maison de débauche» (énoncée à l'origine à l'art. 195).

Interprétant ces articles du *Code* de 1892, les tribunaux ont conclu qu'étant donné la définition de maison de débauche à l'art. 195, une prostituée ne pouvait pas être déclarée coupable d'avoir «tenu» une maison, à moins que d'autres personnes n'aient également fréquenté le local à des fins de prostitution: *R. v. Mannix* (1905), 10 C.C.C. 150 (C.A. Ont.). En 1907 (S.C. 1907, ch. 8, art. 2), le Parlement a modifié la définition de maison de débauche pour en étendre la portée à l'occupant et à la personne ou aux personnes qui utilisaient un local quelconque à des fins de prostitution. L'ancien par. 195(1) a été renuméroté 225 et libellé comme suit:

225. A common bawdy house is a house, room, set of rooms or place of any kind kept for purposes of prostitution or occupied or resorted to by one or more persons for such purposes. [Amendment underlined.]

In 1917 (S.C. 1917, c. 14, s. 3), this definition was further amended to include premises used for “acts of indecency”. Thus, from 1917 until the amendments of 1953-54, a common bawdy-house was defined as follows:

225. A common bawdy house is a house, room, set of rooms or place of any kind kept for purposes of prostitution or for the practice of acts of indecency, or occupied or resorted to by one or more persons for such purposes.

It should be noted, however, that the offences of keeping a common gaming house, common bawdy-house and common betting house remained together in the same section from the original 1892 *Code* until 1947. In 1947 (S.C. 1947, c. 55, s. 4), these offences were partially divided, with the result that keeping a common gaming house and keeping a common betting house were to be found in s. 229(1), while the offence of keeping a common bawdy-house was in s. 229(2).

By the same token, the 1947 amendments extended the parameters of the offence of “keeping”, by deeming a person who assisted in the care, government or management of a place to be a “keeper” of the disorderly house. The original provision, which had persisted since the 1892 *Code*, was amended to read as follows (the amended phrases are underlined):

229. ...

(3) Every one who appears, acts or behaves as master or mistress, or as the person having the care, government or management of any disorderly house, or as assisting in such care, government or management, shall be deemed to be the keeper thereof and is liable to be prosecuted and punished as such although in fact he or she is not the real owner or keeper thereof.

The courts, including this Court, almost consistently held that the 1907 amendments enlarging the definition of a common bawdy-house, could ground

225. Une maison de débauche publique est une maison, une chambre, un appartement ou un local quelconque tenu pour les fins de la prostitution ou habité ou fréquenté par une ou plusieurs personnes pour ces fins. [Modification soulignée.]

En 1917 (S.C. 1917, ch. 14, art. 3), cette définition a de nouveau été modifiée pour inclure les locaux employés pour des «actes indécents». Ainsi, de 1917 jusqu'aux modifications apportées en 1953-1954, la définition de maison de débauche était la suivante:

225. Une maison de débauche publique est une maison, chambre, appartement ou local d'un genre quelconque tenu dans un but de prostitution, ou pour y pratiquer des actes indécents, ou occupé ou fréquenté par une ou plusieurs personnes pour les fins susdites.

Il faut toutefois remarquer que les infractions consistant à tenir une maison de jeu, de débauche ou de désordre sont restées regroupées dans la même disposition à partir du *Code* de 1892 jusqu'en 1947. Cette année-là (S.C. 1947, ch. 55, art. 4), ces infractions ont été en partie séparées avec le résultat que la tenue d'une maison de jeu et la tenue d'une maison de paris se sont retrouvées au par. 229(1), tandis que l'infraction consistant à tenir une maison de débauche était prévue au par. 229(2).

De même, les modifications apportées en 1947 ont élargi les paramètres de l'infraction consistant à «tenir» une maison de désordre en présumant être un «tenancier» quiconque aide au soin, à la conduite ou à l'administration de celle-ci. La disposition adoptée à l'origine, demeurée telle quelle depuis le *Code* de 1892, était modifiée et devenait libellée comme suit (les passages modifiés sont soulignés):

229. ...

(3) Quiconque se montre, agit ou se conduit comme le maître ou la maîtresse d'une maison de désordre, ou comme la personne ayant le soin, la conduite ou l'administration d'une maison de désordre, ou comme aidant à ce soin, à cette conduite ou à cette administration, est réputé en être le tenancier, et est passible de poursuite et de punition comme tel, bien qu'effectivement il ou elle n'en soit pas le propriétaire ou tenancier réel.

Les tribunaux, dont notre Cour, ont presque uniformément décidé que les modifications de 1907 élargissant la définition de maison de débauche pouvaient

the conviction of a person simply renting a room or occupying a house for the purposes of prostitution, under the "keeping" offence: *R. v. Smith* (1908), 12 O.W.R. 80 (C.A.); *R. v. Miket* (1938), 53 B.C.R. 37 (C.A.); *R. v. Richards* (1938), 70 C.C.C. 105 (Ont. C.A.); *R. v. Cohen*, [1939] S.C.R. 212. *Contra*, see *R. v. Sorvari* (1937), 69 C.C.C. 281 (Ont. C.A.).

Few reported cases, however, appear to have considered the situation of a person accused of keeping a "place of any kind", which was not a room or house but which was simply resorted to for indecent acts. Those courts which did consider this statutory language did not convict under it. In *Perron v. The Queen* (1954), 110 C.C.C. 197 (Que. Q.B.), the accused was a prostitute charged with "keeping". There was no evidence that she occupied any place or was a tenant of a particular room on the premises. Rinfret J.A. for a 5-member court, carefully considered the interpretation of the expanded definition of "keeper", as found in s. 229(3) above, and stated (at p. 200):

[TRANSLATION] Taken textually, this section could apply to any person at all who, at hand or from afar, might contribute to the operation of the establishment and control the subordinate male or female employees who have nothing to do or say in the conduct or management of the establishment but who assist in its care.

Rinfret J.A. found that this view conflicted with the authorities (particularly the gaming house case *R. v. Mark* (1924), 43 C.C.C. 368 (Ont. C.A.)) and was not commensurate with the legislation as it then existed. The accused was accordingly found not guilty. See also *Wilson v. The Queen*, [1953] Que. Q.B. 424.

By the 1950s, several conflicting decisions had been rendered by provincial Courts of Appeal regarding the interpretation of the offence of keeping a common betting house—an offence, it is recalled, which remained in the same section of the *Code* as keeping a common bawdy-house until 1947. Some judges took the view that an individual who was a bare user of a place could, if that place were a common betting house, be convicted under the offence of "keeping": *R. v. Marin* (1937), 68 C.C.C. 245 (Ont.

justifier une déclaration de culpabilité d'une personne qui louait simplement une chambre ou occupait une maison à des fins de prostitution, pour l'infraction consistant à «tenir» une maison: *R. v. Smith* (1908), 12 O.W.R. 80 (C.A.); *R. v. Miket* (1938), 53 B.C.R. 37 (C.A.); *R. v. Richards* (1938), 70 C.C.C. 105 (C.A. Ont.); *R. v. Cohen*, [1939] R.C.S. 212. *Contra*, voir *R. v. Sorvari* (1937), 69 C.C.C. 281 (C.A. Ont.).

Cependant, il semble que peu de décisions publiées aient trait au cas de la personne accusée d'avoir tenu un «local d'un genre quelconque» qui n'était pas une chambre ni une maison mais qui était fréquenté aux fins d'actes indécents. Les tribunaux qui ont étudié cette expression n'ont pas prononcé de déclaration de culpabilité à cet égard. Dans *Perron v. The Queen* (1954), 18 C.R. 270 (B.R. Qué.), l'accusée était une prostituée inculpée d'avoir «tenu» une maison. Aucun élément de preuve n'établissait qu'elle occupait un local ni qu'elle était locataire d'une chambre dans cette maison. Après un examen attentif de l'interprétation de la définition élargie du mot «tenancier» que donne le par. 229(3) ci-dessus, le juge Rinfret, pour un banc de cinq juges, dit (à la p. 275):

Prise textuellement cette énumération pourrait s'appliquer à n'importe quelle personne qui, de près ou de loin, pourrait contribuer à l'opération de l'établissement et couvrirait les employés ou employées subalternes qui n'ont rien à faire ni à dire dans la conduite et l'administration de l'établissement mais qui aident dans son soin.

Le juge Rinfret a conclu que cette théorie contredisait les précédents faisant autorité (en particulier l'arrêt *R. v. Mark* (1924), 43 C.C.C. 368 (C.A. Ont.), relatif à une maison de jeu), et n'était pas compatible avec les textes de loi alors en vigueur. L'accusée a donc été acquittée. Voir aussi *Wilson v. The Queen*, [1953] B.R. 424.

Jusqu'aux années 1950, les cours d'appel des provinces avaient rendu plusieurs décisions contradictoires sur l'interprétation de l'infraction consistant à tenir une maison de jeu—infraction, on s'en souviendra, qui est demeurée jusqu'en 1947 dans le même article du *Code* que l'infraction consistant à tenir une maison de débauche. Certains juges ont émis l'opinion que la personne qui ne faisait qu'employer un local pouvait, s'il s'agissait d'une maison de jeu, être déclarée coupable de l'infraction consistant à «tenir»

C.A.); *R. v. Sokol* (1949), 95 C.C.C. 360 (Man. C.A.); *R. v. Girone and Genoe* (1953), 106 C.C.C. 33 (B.C.C.A.). These judgments appear to rely on the wide definition of "common betting house" in the *Criminal Code*, which included a "place" which was "opened, kept or used for the purpose of betting between persons resorting thereto, and . . . any person using the same": R.S.C. 1927, c. 36, s. 227(a)(ii). The definition of "common bawdy-house", then found in s. 225, was hardly more limited of course, since it included a "place of any kind . . . resorted to by one or more persons. . ." But the courts in these cases were prepared to find that an accused could keep a place even if he only used the place for taking bets.

Other judges, however, took the opposite view. In *R. v. Eakins* (1943), 79 C.C.C. 256 (Ont. C.A.), the accused was seen on a number of occasions using a public room in a Toronto hotel to take, and later settle, bets on horses. He was convicted at trial on the charge of keeping a common betting house. Robertson C.J.O. allowed the appeal and stated at p. 257:

There is no evidence whatever that the appellant acted or behaved as master or as a person having any care, government or management of the hotel premises, or that he assisted in such care, government or management, or in fact that he had any right at all to be there, unless that might be inferred from his frequently going there for the same purpose. [Emphasis added.]

Robertson C.J.O. declined to follow *Marin, supra*, and concluded specifically:

In view of the provisions of s-s. (2) of s. 229, it would seem to be out of the question to convict as the keeper of the premises, one whose only connection with them was such as the use made of them by the appellant in this case. Under the circumstances we do not think that we would be warranted in overlooking the express terms of the statute. . . .

See also *R. v. Smith and Bird* (1951), 102 C.C.C. 126 (Ont. C.A.), and similarly, *Lewis v. The King* (1949), 97 C.C.C. 268 (Que. Q.B.), and *Mark, supra*.

une maison: *R. v. Marin* (1937), 68 C.C.C. 245 (C.A. Ont.); *R. v. Sokol* (1949), 95 C.C.C. 360 (C.A. Man.); *R. v. Girone and Genoe* (1953), 106 C.C.C. 33 (C.A.C.-B.). Ces arrêts semblent être fondés sur une définition large de «maison de jeu» au *Code criminel*, qui s'entend d'une «salle ou un endroit ouvert, tenu ou employé pour y tenir des paris entre les personnes qui le fréquentent»: S.R.C. 1927, ch. 36, sous-al. 227a)(ii). La définition de «maison de débauche» telle qu'elle était alors à l'art. 225, est naturellement à peine plus restreinte, car elle inclut «un local quelconque [. . .] fréquenté par une ou plusieurs personnes . . .». Mais les tribunaux ont été prêts dans ces affaires à conclure qu'un accusé pouvait tenir un local même s'il ne faisait que l'employer pour recevoir des paris.

Toutefois, d'autres juges ont soutenu le contraire. Dans *R. v. Eakins* (1943), 79 C.C.C. 256 (C.A. Ont.), l'accusé avait été vu à plusieurs reprises employer une salle publique d'un hôtel de Toronto pour recevoir, puis payer des paris sur des courses de chevaux. Il a été déclaré coupable au procès sur l'inculpation d'avoir tenu une maison de pari. Le juge en chef Robertson a fait droit à l'appel et a dit, à la p. 257:

[TRADUCTION] Il n'y a pas la moindre preuve que l'appelant ait agi ou se soit conduit comme le maître ou comme une personne ayant d'une façon ou d'une autre le soin, la conduite ou l'administration de l'hôtel, ou qu'il ait aidé à ce soin, à cette conduite ou à cette administration, ou qu'il ait eu en réalité seulement le droit de s'y trouver, sauf si l'on pouvait le déduire du fait qu'il le fréquentait souvent à cette fin. [Je souligne.]

Le juge en chef Robertson a refusé de suivre l'arrêt *Marin, précité*, et a conclu dans ces termes:

[TRADUCTION] Vu les dispositions du par. (2) de l'art. 229, il semble qu'il ne saurait être question de déclarer coupable à titre de tenancier du local celui dont le seul lien avec le local a consisté dans l'emploi qu'il en a fait en l'espèce. Dans ces circonstances, nous ne nous estimons pas autorisés à ne pas tenir compte des termes explicites de la loi . . .

Voir également *R. v. Smith and Bird* (1951), 102 C.C.C. 126 (C.A. Ont.) et, de même, *Lewis v. The King* (1949), 97 C.C.C. 268 (B.R. Qué.) et *Mark, précité*.



It was in this context that Parliament again amended the *Code* (S.C. 1953-54, c. 51). Fish J.A. commented on these 1953-54 amendments as follows (at p. 563):

In rearranging these provisions, Parliament substituted more modern terminology but did not, in my view, thereby manifest any intent to change the substance or reach of the law.

I disagree. In my respectful opinion, the 1953-54 amendments did modify the law with respect to keepers of common bawdy-houses, common gaming houses and common betting houses by adding a new subparagraph to the definition of "keeper". In so doing, Parliament, once again, enlarged the scope of the definition of a "keeper" to include a person who "uses a place permanently or temporarily, with or without the consent of the owner or occupier" (S.C. 1953-54, c. 51, s. 168(1)(h)(v)). It is precisely that subparagraph, now para. (e) of the definition of "keeper" in s. 197(1), which is at issue in the present case. This "modern" definition of "keeper" applies to simple "users", as in *Perron* and *Eakins*, both *supra*, and both to common gaming house or common betting house offences as well as to common bawdy-house offences. The courts reacted to this new definition, in gaming house cases, by convicting those who, under the previous definition, might have been acquitted as simple "users": for example, see *R. v. Rubenstein*, [1960] O.R. 133 (C.A.).

### 3. The Legislation in its Present Form

In my view, if Parliament chose to gradually expand the definitions of "keeper" and "common bawdy-house", it did so in response to a number of stimuli, including restrictive judicial interpretation, changes in the patterns of behaviour of that category of persons intended to fall under the offence provisions, and to discourage arguments of a technical or semantic nature. These amendments were designed, in my view, to support Parliament's efforts to deal with a problem which it considered serious. It is within the province of Parliament to create offences whose definition goes beyond plain meaning or common usage, in order to give effect to its objectives

C'est dans ce contexte que le Parlement a de nouveau modifié le *Code* (S.C. 1953-54, ch. 51). Le juge Fish fait les remarques qui suivent au sujet des modifications de 1953-1954 (à la p. 967):

[TRADUCTION] En réagissant ces dispositions, le Parlement a employé une terminologie plus moderne, mais il n'a pas, à mon avis, manifesté l'intention de changer le fond ni la portée de la loi.

Je ne suis pas d'accord. À mon avis, les amendements de 1953-1954 ont modifié la loi quant aux tenanciers de maisons de débauche et de maisons de pari en ajoutant un nouvel alinéa à la définition de «tenancier». Le Parlement a ainsi étendu à nouveau la portée de la définition de «tenancier», pour inclure désormais une personne qui «emploie un local, de façon permanente ou temporaire, avec ou sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant» (S.C. 1953-54, ch. 51, sous-al. 168(1)h(v)). C'est précisément ce sous-alinéa, maintenant l'al. e) de la définition de «tenancier» au par. 197(1), qui est en litige ici. Cette définition «moderne» de «tenancier» s'applique aux simples «utilisateurs», comme dans les arrêts *Perron* et *Eakins*, précités, et vise tant les infractions concernant les maisons de pari que celles touchant les maisons de débauche. Les tribunaux ont réagi à cette nouvelle définition, dans le cas des infractions relatives aux maisons de pari, en déclarant coupables ceux qui, selon la définition antérieure, auraient pu être acquittés à titre de simples «utilisateurs»: voir, par exemple, *R. v. Rubenstein*, [1960] O.R. 133 (C.A.).

### 3. Les textes de loi actuels

À mon avis, si le Parlement a choisi d'élargir progressivement la définition des mots «tenancier» et «maison de débauche», c'est pour répondre à un certain nombre de préoccupations, dont l'interprétation restrictive donnée par les tribunaux, les modifications du comportement des catégories de personnes visées par ces textes et la volonté de décourager les arguments d'ordre purement technique ou sémantique. Ces modifications avaient pour but, à mon sens, de soutenir les efforts du Parlement en vue de régler un problème qu'il jugeait grave. Le Parlement est compétent pour créer des infractions dont la définition outrepassse la signification ordinaire ou l'usage cou-

and to eradicate fully the mischief it wishes to address.

In that, I disagree with Fish J.A. where he says that “[t]he plain meaning of “keep” simply does not permit of that interpretation: to *use* is not to *keep*” (p. 562). In fact, Parliament here has decided that to “use” is to “keep” for the purposes of that section. This it had the right to do.

From the very wording of the provisions already discussed, one can readily see that there is a broad range of factual circumstances envisaged under the rubric of the offence of “keeping”. Primarily, these situations correspond to the broad definition of “keeper” in s. 197(1), which, as can be seen from the legislative history, reflects Parliament’s efforts to cover a wide spectrum of situations. In fact, each of the five paragraphs under the definition of “keeper” addresses different factual situations. Section 197(1) states that a “keeper” includes a person who:

(a) is an owner or occupier of a place,

This is the classic situation of an owner or lessor managing premises as a common bawdy-house, as well as the prostitute who uses his or her own residence as a common bawdy-house.

(b) assists or acts on behalf of an owner or occupier of a place,

This paragraph would cover, for instance, the daytime manager of a premises, or the ordinary assistant to the owner or occupier in the operation of the business. The latter may have no power over the greater premises as a place, but is involved in running the common bawdy-house as a going concern.

(c) appears to be, or to assist or act on behalf of an owner or occupier of a place,

This paragraph could allow conviction of a person who may not be a regular manager or assistant, but simply appears to be so on surveillance and on the occasion of the laying of the charge. There need not be direct proof of actual ownership or of actual assistance to the owner or occupier. In addition, this definition could cover a person who appears to partici-

rant, afin de réaliser ses objectifs et d’extirper le vice qu’il combat.

Sur ce point, je ne suis pas d’accord avec le juge Fish lorsqu’il dit que [TRADUCTION] «[l]e sens ordinaire du mot «tient» ne permet simplement pas cette interprétation: *employer*, ce n’est pas *tenir*» (p. 966). En fait, le Parlement a décidé en l’occurrence qu’«employer», c’est «tenir» pour les fins de cette disposition. Cela il avait le droit de le faire.

Il ressort clairement du libellé des dispositions précitées que l’infraction consistant à «tenir» une maison de débauche vise un large éventail de circonstances factuelles. Celles-ci correspondent principalement à la définition large de «tenancier» du par. 197(1), laquelle, comme l’atteste l’historique du texte de loi, traduit les efforts du Parlement pour englober une gamme étendue de cas. En réalité, chacun des cinq alinéas de la définition de «tenancier» vise un cas distinct. Le paragraphe 197(1) prévoit que le mot «tenancier» s’entend notamment d’une personne qui, selon le cas:

a) est un propriétaire ou occupant d’un local;

C’est le cas classique du propriétaire ou du locateur qui gère le local à titre de maison de débauche, ainsi que du prostitué qui utilise sa propre résidence comme maison de débauche.

b) aide un propriétaire ou occupant d’un local ou agit pour son compte;

Cet alinéa vise, par exemple, celui qui gère le local pendant la journée ou l’adjoint du propriétaire ou de l’occupant qui aide habituellement à l’exploitation de l’entreprise. Ce dernier n’est peut-être pas habilité à administrer l’immeuble complet, mais il participe à l’exploitation de l’entreprise que constitue la maison de débauche.

c) paraît être propriétaire ou occupant d’un local ou paraît lui aider ou agir pour son compte;

Cet alinéa pourrait permettre de déclarer coupable la personne qui, sans être le gérant ou l’adjoint habituel, semble l’être au moment où elle fait l’objet d’une surveillance ou quand une accusation est portée. Il n’est pas nécessaire de prouver directement qu’elle est propriétaire ni qu’elle aide le propriétaire ou l’occupant. Au surplus, cette définition pourrait viser une

pate in running the business but may have only nominal control over the premises.

(d) has the care or management of a place,

Presumably this paragraph covers any other persons who may temporarily run the business or control the premises.

(e) uses a place permanently or temporarily, with or without the consent of the owner or occupier thereof;

This last paragraph is very wide, and covers persons who simply use premises which constitute, in law, a common bawdy-house. On a literal reading, anyone who just steps into a place briefly uses that place. The persons contemplated under this definition do not own or lease the premises and have little or no permanent legal connection to the premises. The use of the premises need only be temporary. The keeper may be a user of another person's property such as a parking lot or an abandoned cabin. On a literal interpretation, the prostitute or customer in the common bawdy-house could even be a "keeper". In order to avoid the conviction of pure strangers to the premises, the courts have restricted the scope of this paragraph, but not, in my view, to the extent articulated by the majority of the Court of Appeal.

In the same vein, each of the offences set out in s. 210 relating to bawdy-houses serves a different purpose. The offences found in s. 210 include "keeping", being an inmate or "found-in", and knowingly permitting one's premises to be used as a common bawdy-house. In conjunction with the full definition of "keeper" in s. 197(1), subs. (1) and each paragraph in subs. (2) of s. 210 are designed to address different evils identified by Parliament. Since, by virtue of s. 210(1), keeping a common bawdy-house is one of these offences, this Court must decide who Parliament intended to fall under that provision as opposed to the offences set out in subs. (2).

personne qui semble participer à l'exploitation de l'entreprise, mais n'a peut-être que le contrôle nominal du local.

a d) a le soin ou l'administration d'un local;

Cet alinéa s'applique vraisemblablement aux autres personnes qui dirigent temporairement l'entreprise ou contrôlent le local.

b

e) emploie un local, de façon permanente ou temporaire, avec ou sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant.

c Ce dernier alinéa est très large et vise les personnes qui emploient simplement le local qui constitue, en droit, une maison de débauche. Littéralement, quiconque pénètre un moment dans un local emploie ce local. Les personnes visées par cette disposition ne sont ni propriétaires ni locataires du local et n'ont pratiquement aucune association permanente, sur le plan juridique, avec le local. Il suffit qu'elles emploient le local temporairement. Le tenancier peut être l'utilisateur du bien d'autrui, par exemple, un lieu de stationnement ou une cabane abandonnée. Littéralement, le prostitué ou le client se trouvant dans la maison de débauche pourrait même en être le «tenancier». Pour éviter que des personnes étrangères au local ne soient déclarées coupables, les tribunaux ont limité la portée de cet alinéa, mais non, à mon sens, dans la mesure affirmée par la Cour d'appel à la majorité.

g

Dans le même esprit, le but visé par chacune des infractions énoncées à l'art. 210 au regard des maisons de débauche est différent. Les infractions prévues à l'art. 210 comprennent le fait de «tenir», d'habiter une maison ou d'y être «trouvé» et de permettre sciemment que son local soit employé aux fins de maison de débauche. Conjointement avec la définition complète de «tenancier» donnée au par. 197(1), le par. (1) et chaque alinéa du par. (2) de l'art. 210 sont conçus pour combattre des maux distincts, identifiés par le Parlement. Puisque, aux termes du par. 210(1), tenir une maison de débauche est l'une de ces infractions, notre Cour doit décider quelles sont les personnes que le Parlement voulait frapper de la sanction énoncée dans cette disposition plutôt que de la peine prévue au par. (2).

The Chief Justice points to the differences between s. 210(1) and s. 210(2)(c). I agree that obvious differences exist between an owner (or the others listed in para. (c)), who knowingly permits the place to be used as a common bawdy-house, and someone, such as an owner, who actually keeps the common bawdy-house. The distinction is one of degree of participation in the operation of the common bawdy-house. Similarly, and, I think, more pertinent to the present case, the offences of being an inmate in a common bawdy-house under s. 210(2)(a), and being a “found-in” under s. 210(2)(b), also differ from the offence of “keeping” in subs. (1). Parliament has defined each offence to address a different problem. It is apparent that every “inmate” of a common bawdy-house will not, according to those subsections, necessarily be found to keep that common bawdy-house, given the distinction reflected in the different offences enacted by ss. 210(1) and 210(2)(a). Similarly, persons found in a common bawdy-house cannot always be said to “keep” the common bawdy-house.

In terms of penalty, it is consistent with the whole philosophy of the *Criminal Code* that more serious offences be punished more severely. Sections 210(1), an indictable offence, and 210(2), punishable on summary conviction, reflect that difference in punishment. This reinforces the view that a user whom the law defines as a “keeper” in s. 197(1), must be more severely punished than an inmate of the common bawdy-house or a person simply found in the premises, as contemplated in s. 210(2)(a) and (b).

With these considerations in mind, this Court must interpret the offence of “keeping” in s. 210(1) in a way which sufficiently reflects the variety of factual circumstances which the offence was drafted to cover. Reference has been made to the diverse situations covered by the definition of “keeper” in s. 197(1). A review of the case law will shed further light on what constitutes the offence of “keeping”.

Le Juge en chef met en lumière les différences entre le par. 210(1) et l'al. 210(2)c). J'admets qu'il y a des différences évidentes entre le propriétaire (ou les autres personnes énumérées à l'al. c)), qui permet sciemment que son local soit employé aux fins de maison de débauche, et celui, notamment le propriétaire, qui tient effectivement la maison de débauche. C'est une différence de degré de participation à l'exploitation de la maison. De la même façon—et c'est à mon avis, une différence plus pertinente en l'espèce—l'infraction consistant à habiter une maison de débauche, prévue à l'al. 210(2)a), et celle consistant à y être «trouvé», prévue à l'al. 210(2)b), diffèrent aussi de l'infraction consistant à «tenir» une telle maison, prévue au premier paragraphe. Le Parlement a défini chaque infraction pour régler un problème différent. De toute évidence, chaque personne qui «habite» une maison de débauche ne sera pas nécessairement considérée comme tenancière de celle-ci, étant donné la distinction incorporée dans les diverses infractions prévues au par. 210(1) et à l'al. 210(2)a). De la même façon, les personnes trouvées dans une maison de débauche ne peuvent pas dans tous les cas être assimilées aux personnes qui «tiennent» la maison.

Pour ce qui est des sanctions, le *Code criminel* repose sur le principe fondamental que les infractions plus graves doivent être punies plus sévèrement. Le paragraphe 210(1), créant un acte criminel, et le par. 210(2), créant une infraction punissable par procédure sommaire, reflètent cette différence de sévérité de la sanction. Cela renforce le point de vue selon lequel celui qui emploie un local, défini comme un «tenancier» au par. 197(1), doit être puni plus sévèrement que celui qui habite une maison de débauche ou qui y est trouvé, soit les infractions prévues aux al. 210(2)a) et b).

Compte tenu de ces considérations, notre Cour doit interpréter l'infraction consistant à «tenir», prévue au par. 210(1), d'une manière qui reflète adéquatement la diversité des situations de fait que le texte d'incrimination est censé viser. J'ai fait mention de diverses situations visées par la définition de «tenancier» donnée au par. 197(1). L'examen de la jurisprudence nous éclairera davantage sur le sens de l'infraction consistant à «tenir» une maison de débauche.

4. *R. v. Kerim*

The judgment of this Court in *Kerim, supra*, seems to have been a turning point in the interpretation of the offence of keeping a common gaming house. In the present case, both the majority and the minority in the Court of Appeal appear to rely on *Kerim*. In my view, the interpretation of the majority in the Court of Appeal cannot stand. In addition, I am unable to agree with the interpretation offered by my colleague the Chief Justice.

Mr. Kerim was the president of a company which, for over two years, leased its premises in a hotel four nights a week to various religious and charitable organizations. These groups conducted bingo games for charitable purposes on the site. Although Mr. Kerim was on the premises each night, he did not participate in the bingo games in any way. He was charged under s. 176(1), now s. 201(1), with keeping a common gaming house. He was convicted at trial, but the Ontario Court of Appeal quashed the conviction. A majority of this Court dismissed the Crown's appeal.

Martland J., for the majority, found that Mr. Kerim fell under the statutory definition of "keeper" and that the premises were a "common gaming house" for the purposes of the *Criminal Code*. Martland J. then stated at pp. 130-31:

The definition of a keeper in s. 168(1)(h) [now s. 197(1)] is a very broad one and it relates to the keeper of a "place", which is also broadly defined. Every householder and, indeed, every landowner is a keeper within that definition. But this, of course, in itself, constitutes no offence. The offence defined in s. 176(1) [now s. 201(1)] is the keeping of a common gaming house. The question is, if the "place" is used in a manner which constitutes it a common gaming house, does everyone who falls within the definition of a keeper of that place automatically keep the common gaming house? In my opinion that conclusion does not follow. The offence is the keeping of the common gaming house, and, in my opinion, in order to constitute that offence, there must be something more than the keeping of a place whose use, by someone other than the accused, makes it a common gaming house. I do not, for example, see how the owner of a house leased to a tenant, who, without his knowledge, operates it as a com-

4. *R. v. Kerim*

L'arrêt *Kerim* de notre Cour, précité, semble avoir marqué un tournant décisif dans l'interprétation de l'infraction consistant à tenir une maison de jeu. La majorité et la minorité en Cour d'appel semblent ici s'appuyer sur *Kerim*. À mon avis, on ne saurait retenir l'interprétation de la majorité en Cour d'appel. En outre, je ne peux pas partager l'interprétation donnée par mon collègue le Juge en chef.

Monsieur Kerim était président d'une société qui, pendant deux ans, a loué ses locaux dans un hôtel, quatre soirs par semaine, à diverses organismes religieux et charitables. Ces organismes tenaient des bingos dans l'hôtel au profit d'œuvres charitables. Quoique M. Kerim ait été sur place chaque soir, il ne participait en rien aux bingos. Il a été inculpé d'avoir tenu une maison de jeu, infraction prévue au par. 176(1), maintenant par. 201(1). Il a été déclaré coupable au procès, mais la Cour d'appel de l'Ontario a annulé la déclaration de culpabilité. À la majorité, notre Cour a rejeté le pourvoi du ministère public.

Pour la majorité, le juge Martland a conclu que M. Kerim était visé par la définition de «tenancier» contenue dans la loi et que le local était une «maison de jeu» au sens du *Code criminel*. Le juge Martland dit ensuite, aux pp. 130 et 131:

[TRADUCTION] La définition de tenancier à l'al. 168(1)h) [maintenant le par. 197(1)] est très large et le mot s'entend du tenancier d'un «local ou endroit», mots qui sont aussi définis d'une manière large. Tout occupant, voire tout propriétaire est un tenancier visé par cette définition. Mais ce fait ne constitue pas en soi une infraction. L'infraction définie au par. 176(1) [maintenant le par. 201(1)] consiste dans le fait de tenir une maison de jeu. La question qu'il faut se poser est celle-ci: si le «local» est employé d'une façon qui en fait une maison de jeu, est-ce que toute personne visée par la définition de tenancier de ce local tient ipso facto la maison de jeu? À mon avis, ce n'est pas la conclusion qu'il faut nécessairement tirer. L'infraction consiste à tenir une maison de jeu et, à mon avis, pour que l'infraction soit perpétrée, il faut plus que le fait de tenir un local dont l'utilisation, par une autre personne que l'accusé, en fait une maison de jeu. Je ne vois pas, par exemple, comment le propriétaire d'une maison prise à

mon gaming house, could possibly be found guilty of the offence. What then is the position of a “keeper” who does not in any way participate in the operation of the games played, but who knows that the place in question is being used for that purpose, and who permits such use? This, it appears to me, is the sort of situation which was contemplated when the offence defined in s. 176(2)(b) [now s. 201(2)(b)] was created and, in my opinion, that offence must have been created because it was not contemplated that such a person was, himself, keeping the common gaming house within the meaning of s. 176(1).

I agree with the conclusion reached by Laidlaw J.A., in the Court below, that the offence defined in s. 176(1) involves some act of participation in the wrongful use of the place and that the evidence in this case does not establish any such participation on the part of the respondent. [Emphasis added.]

I have emphasized that *Kerim* dealt with premises whose use “by someone other than the accused” made it a common gaming house (a distinction also made by Estey J. in *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704). Mr. Kerim was acquitted because he did not participate in the wrongful use of the place, namely the organization or actual playing of bingo on the premises.

According to the Chief Justice, *Kerim* mandates that two “elements” be present to support a conviction under s. 210(1): (i) “some degree of control over the care and management” of the common bawdy-house must be exhibited by the accused; and (ii) the accused must “participate to some extent” in the “illicit” activities of the common bawdy-house. This interpretation, in my view, is mandated neither by the terms of s. 210(1) nor by the definition of “keeper” in s. 197(1), or by the reasons of the majority in *Kerim*. It is clear from Martland J.’s reasons in *Kerim* that Mr. Kerim fell under Parliament’s definition of a “keeper” in the *Criminal Code*. The question before the Court was what had to be shown to convict Mr. Kerim as a person who “keeps” the common gaming house, in addition to proof that he fell under the statutory definition of “keeper”. The majority found that the Crown had to prove, in addition, “some act of participation in the wrongful use of the place”. On the facts of the case, Mr. Kerim fell squarely within the definition of a “keeper” in s. 197(1), at least

bail par un locataire qui, à son insu, l’exploite comme maison de jeu, pourrait être déclaré coupable de l’infraction. Qu’en est-il du «tenancier» qui ne participe pas du tout à l’organisation des jeux, mais qui sait que le local en cause est employé à cette fin et qui permet cette utilisation? C’est, à mon sens, le type de cas qu’envisageait le législateur en créant l’infraction définie à l’al. 176(2)b) [maintenant l’al. 201(2)b)] et, à mon avis, cette infraction doit avoir été créée parce que l’on n’estimait pas que cette personne tenait elle-même la maison de jeu au sens du par. 176(1).

Je souscris à la conclusion du juge Laidlaw de la cour d’instance inférieure, selon laquelle l’infraction définie au par. 176(1) suppose une participation quelconque à l’utilisation illicite du local et la preuve en l’espèce n’établit pas une telle participation de la part de l’intimé. [Je souligne.]

J’ai fait remarquer que l’arrêt *Kerim* portait sur un local dont l’utilisation, «par une autre personne que l’accusé», en faisait une maison de jeu (distinction que le juge Estey fait lui aussi dans *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704). Monsieur Kerim a été acquitté parce qu’il n’avait pas participé à l’utilisation illicite du local, savoir l’organisation de bingos ou le fait de jouer au bingo dans le local.

D’après le Juge en chef, l’arrêt *Kerim* exige la présence de deux «éléments» pour qu’une déclaration de culpabilité puisse être prononcée en vertu du par. 210(1): (i) «un certain degré de contrôle sur le soin et l’administration» de la maison de débauche par l’accusé doit être prouvé; (ii) l’accusé doit «participer dans une certaine mesure» aux activités «illicites» exercées dans la maison de débauche. À mon avis, cette interprétation n’est exigée ni par les termes du par. 210(1), ni par la définition de «tenancier» du par. 197(1), ni par les motifs de la majorité dans l’arrêt *Kerim*. Il ressort nettement des motifs du juge Martland dans l’arrêt *Kerim* que M. Kerim était visé par la définition donnée par le Parlement au mot «tenancier» dans le *Code criminel*. La question dont était saisie la Cour était de savoir ce qu’il fallait prouver pour que M. Kerim soit reconnu coupable à titre de personne qui «tenait» la maison de jeu, outre la preuve qu’il tombait sous le coup de la définition légale de «tenancier». La majorité a conclu que le ministère public devait prouver en outre «une partici-

under para. (d) as having the care and management of the hotel. But the case does not, in my opinion, suggest that "a degree of control over the care and management of the premises" is required to prove the "keeping" offence in all cases.

### 5. Cases Subsequent to *R. v. Kerim*

Since *R. v. Kerim*, the courts have had occasion to interpret the offence of keeping in s. 210(1) in various circumstances. It is clear from the cases that s. 197(1) was applied to several categories of keepers, depending on the facts and circumstances of each case. Such circumstances did include accused persons who played different roles in the operation of a common bawdy-house, from the manager and directing mind of a steam bath premises, to the prostitutes who simply used a parking lot for the purpose of prostitution. In the middle were situations where the accused is more than a trespasser on the premises, but less than the owner and operator of the brothel.

In *R. v. Woszczyzna*; *R. v. Soucy* (1983), 6 C.C.C. (3d) 221 (Ont. C.A.), Martin J.A., for the court, convicted the "owner, directing mind and *alter ego*" of a company which owned and ran a steam bath premises. Martin J.A. rejected the argument that *Kerim* imposed a requirement of "day-by-day participation of the conduct of the premises". Besides knowing of the activities occurring on the premises, Martin J.A. found that Mr. Woszczyzna was clearly involved in the management of the operation: "he received the proceeds from the operation of the business there conducted; he hired and paid the staff and paid other operating expenses out of those proceeds" (p. 226). In *R. v. Soucy*, a case heard concurrently with *Woszczyzna*, the accused's conviction was upheld. Martin J.A. noted that Soucy was the "cashier/

pation quelconque à l'utilisation illicite du local». Vu les faits de l'espèce, M. Kerim était nettement visé par la définition de «tenancier» au par. 197(1), du moins aux termes de l'al. d), puisqu'il avait le soin ou l'administration de l'hôtel. Mais l'on ne saurait, à mon sens, inférer de cet arrêt qu'il faut dans tous les cas, pour prouver l'infraction consistant à «tenir» une maison de débauche, un «degré de contrôle sur le soin et l'administration du local».

### 5. Les décisions postérieures à *R. v. Kerim*

Depuis l'arrêt *R. v. Kerim*, les tribunaux ont eu l'occasion d'interpréter, en fonction de diverses situations, l'infraction consistant à tenir une maison de débauche que prévoit le par. 210(1). Il ressort à l'évidence de la jurisprudence que le par. 197(1) a été appliqué à diverses catégories de tenanciers, suivant les faits et les circonstances de chaque espèce. Parmi ces circonstances, figurent les divers rôles joués par les accusés dans l'exploitation d'une maison de débauche, allant de celui de gérant et d'âme dirigeante d'un établissement de saunas, à celui des prostituées qui utilisaient simplement un parc de stationnement à des fins de prostitution. À mi-chemin, on trouve les cas où l'accusé était plus qu'un intrus dans le local, mais moins que le propriétaire et l'exploitant du bordel.

Dans l'arrêt *R. v. Woszczyzna*; *R. v. Soucy* (1983), 6 C.C.C. (3d) 221 (C.A. Ont.), le juge Martin, au nom de la cour, a déclaré coupable le [TRADUCTION] «propriétaire, âme dirigeante et *alter ego*» d'une société qui possédait et exploitait un sauna. Le juge Martin a repoussé l'argument que l'arrêt *Kerim* exigeait [TRADUCTION] «la participation quotidienne à l'administration du local». Mis à part le fait qu'il connaissait la nature des activités exercées dans le local, selon les conclusions du juge Martin, M. Woszczyzna jouait nettement un rôle dans l'administration de l'établissement: [TRADUCTION] «il percevait le produit de l'exploitation de l'entreprise qui y était exercée; il embauchait et payait le personnel et payait les autres frais d'exploitation sur ce produit» (p. 226). Dans *R. v. Soucy*, affaire entendue simultanément avec l'affaire *Woszczyzna*, la déclaration de culpabilité de l'accusé a été confirmée. Le juge Martin a fait observer que Soucy était le [TRADUCTION]

attendant” and was aware of the nature of the activities in the steam bath premises.

*R. v. Karavasilis* (1980), 54 C.C.C. (2d) 530 (Ont. C.A.) concerned a prosecution for keeping a common gaming house, as in *Kerim, supra*. The accused leased the place involved and provided the tables, cards and score sheets, but he remained behind the counter, selling refreshments and cigarettes to the card players. There was no “rake-off” from the winnings and the only gain made by the accused was from selling the sundry items. Morden J.A. upheld the conviction entered at trial and concluded (at pp. 538-39):

In the present case, the activities of the appellant himself in providing the accommodation and facilities and selling the refreshments made the premises a common gaming-house. It may be accurately said of him that he did, to some significant extent, participate in the promotion, organization and operation of the games of rummy and, accordingly, that he kept a common gaming-house. [Emphasis added.]

In these cases, the courts were faced with established business operations on premises which constituted a common bawdy-house or a common gaming house under the *Criminal Code*. The accused persons fell squarely within the definition of “keeper” as found in s. 197(1) of the *Criminal Code* and were found to participate actively in the operation, if not the actual management, of the place as a common bawdy or gaming house.

These cases did not go so far, however, as to hold that the keeper of a common bawdy-house must be found to have participated in the sexual activities occurring on the premises. The accused in *Karavasilis, supra*, or *Kerim, supra*, did not have to be shown to have gambled. Indeed, this Court and others have held that the premises themselves may fall under the definition of a “common bawdy-house” without any direct proof that illicit sexual acts took place on a premises: *Theirlynck v. The King*, [1931] S.C.R. 478; *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157; *R. v. Sorko*, [1969] 4 C.C.C. 241 (B.C.C.A.). As Morden J.A. noted in *Karavasilis*, to be guilty of “keeping”, it was sufficient for the accused to participate in the promotion, organization or operation of,

«caissier/préposé» et était au courant de la nature des activités dans le sauna.

L'arrêt *R. v. Karavasilis* (1980), 54 C.C.C. (2d) 530 (C.A. Ont.), concernait des poursuites relatives à la tenue d'une maison de jeu, comme l'arrêt *Kerim*, précité. L'accusé louait le local en cause et fournissait les tables, les cartes et les feuilles servant à tenir la marque, mais il restait derrière le comptoir et vendait des boissons et des cigarettes aux joueurs. Il ne retenait pas sa part des gains et le seul gain que l'accusé tirait se limitait à son bénéfice sur les articles vendus. Le juge Morden a maintenu la déclaration de culpabilité prononcée au procès et a conclu aux pp. 538 et 539:

[TRADUCTION] En l'espèce, les activités de l'appelant lui-même, qui fournissait le local et le matériel et vendait des boissons, ont fait de ce local une maison de jeu. L'on peut affirmer à juste titre qu'il a participé, dans une large mesure, à la promotion, à l'organisation et à l'exploitation des jeux de rami et, par conséquent, qu'il a tenu une maison de jeu. [Je souligne.]

Dans ces affaires, il s'agissait d'entreprises établies dans des locaux qui constituaient des maisons de débauche ou de jeu aux termes du *Code criminel*. Les accusés étaient nettement visés par la définition de «tenancier» du par. 197(1) du *Code criminel* et les tribunaux ont conclu qu'ils avaient participé activement à l'exploitation, sinon à l'administration, du local comme maison de débauche ou de jeu.

Ces arrêts n'ont cependant pas établi qu'il fallait prouver que le tenancier d'une maison de débauche avait participé aux activités sexuelles exercées dans ce local. Dans les arrêts *Karavasilis* et *Kerim*, précités, il n'a pas été nécessaire de prouver que l'accusé avait parié. En fait, notre Cour et d'autres ont conclu que le local lui-même pouvait être visé par la définition de «maison de débauche» sans qu'il fût nécessaire d'établir par une preuve directe que des actes sexuels y avaient été commis: *Theirlynck v. The King*, [1931] R.C.S. 478; *Patterson v. The Queen*, [1968] R.C.S. 157; *R. v. Sorko*, [1969] 4 C.C.C. 241 (C.A.C.-B.). Comme l'a fait remarquer le juge Morden dans l'arrêt *Karavasilis*, il suffisait, pour déclarer l'accusé coupable à l'égard de la «tenue» d'une mai-



in that case, the card-playing in a common gaming house. In my view, the same applies to a common bawdy-house.

At the other end of the spectrum, the widest definition of a "keeper" in s. 197(1) is at issue. These are cases where an accused is not the owner or lessor of the premises, but simply "uses a place permanently or temporarily, with or without the consent of the owner or occupier thereof" under para. (e) of the definition. As Tourigny J.A. effectively demonstrated in her dissenting opinion in the Court of Appeal, such was the case in *R. v. Pierce and Golloher, supra*. MacKinnon A.C.J.O., for the Ontario Court of Appeal, considered the situation where prostitutes were using a public parking lot for their trade. Various parking spaces were occupied by vehicles belonging to clients without any regular pattern. The Crown argued that the accused used the parking spaces temporarily and therefore fell within para. (e) of the definition of "keeper" in (now) s. 197(1). MacKinnon A.C.J.O. reviewed *Kerim, supra*, and made the following observations at p. 394:

I agree with counsel for the Crown that the relevant paragraph makes it clear that a "keeper" can be a trespasser. I can envisage a situation where the person charged makes use of an abandoned house or barn for the purposes or [sic] prostitution, directing customers to that particular place and to a certain extent controlling its use. In the instant case there is no evidence that the respondents directed their customers to this parking-lot, nor, indeed, is there evidence whether or not some or all of the customers had parking privileges in this lot. Further, there is no evidence that the respondents or either of them had any "say" in what parking spaces would be used or in allocating the spaces. There may be an inference drawn from the frequency of the use of the parking-lot by the respondents that they were responsible for directing their customers to this particular parking-lot but it is clear that the respondents had no right or interest in the parking-lot as owners, tenants or licensees. [Emphasis added.]

It is apparent from the opinion of MacKinnon A.C.J.O. that, in his view, the Crown must do more

son de jeu, qu'il ait participé à la promotion, à l'organisation ou à l'exploitation, en l'occurrence, de jeux de cartes dans cette maison. À mon avis, le même raisonnement s'applique à une maison de débauche.

À l'autre extrême, la définition la plus large de «tenancier» du par. 197(1) est en cause. Ce sont des affaires où l'accusé n'est pas le propriétaire ou le bailleur du local, mais simplement «emploie un local, de façon permanente ou temporaire, avec ou sans le consentement du propriétaire ou de l'occupant», selon les termes de l'al. e) de la définition. Comme le juge Tourigny l'a bien démontré dans son opinion dissidente en Cour d'appel, c'était le cas des accusées dans l'arrêt *R. v. Pierce and Golloher*, précité. Le juge en chef adjoint MacKinnon, pour la Cour d'appel de l'Ontario, a examiné le cas de prostituées qui utilisaient un parc de stationnement public pour pratiquer leur métier. Les véhicules des clients occupaient des emplacements de stationnement sans ordre précis. Le ministère public a soutenu que les accusées avait utilisé les lieux de stationnement temporairement et tombaient donc sous le coup de l'al. e) de la définition de «tenancier» au par. 197(1) actuel. Le juge en chef adjoint MacKinnon a étudié l'arrêt *Kerim*, précité, et fait les observations suivantes, à la p. 394:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le substitut du procureur général pour dire que l'alinéa pertinent dit clairement qu'un «tenancier» peut être un intrus. Je peux imaginer une situation où la personne inculpée emploie une maison ou une grange abandonnée à des fins de prostitution, y dirige les clients et, dans une certaine mesure, en contrôle l'utilisation. En l'espèce, il n'y a aucune preuve que les intimées aient dirigé leurs clients vers ce parc de stationnement, et il n'y a en fait aucun élément de preuve montrant que des clients ou que tous les clients jouissaient du privilège d'y stationner. Au surplus, rien ne prouve que les intimées ou certaines d'entre elles aient eu voix au chapitre quant à la désignation des emplacements à utiliser ou quant à leur répartition. L'on peut déduire de la fréquence d'emploi du parc de stationnement par les intimées qu'elles se chargeaient de diriger leurs clients vers ce parc-là, mais de toute évidence, les intimées n'avaient aucun droit ni intérêt à l'égard du parc de stationnement en qualité de propriétaires, de locataires ou de titulaires d'autorisation. [Je souligne.]

Il est clair à la lecture de l'opinion du juge en chef adjoint MacKinnon qu'à son avis, le ministère public

than show that an accused regularly resorts to a place. At pages 395-96 he remarked:

If the respondents had been shown to have had a rental agreement with regard to a parking space, or had the benefit of one in connection with their apartment rental, or had sought to keep others out of the parking-lot even though they were trespassers themselves, this would show some control or management or attempt at control or management or direction of the place necessary to found a conviction for the offence charged. This, of course, was not shown or argued; their mere presence in the parking-lot on a number of occasions, it was argued, was sufficient to establish them as keepers of a common bawdy-house. As I have stated, I do not agree with that proposition. . . . [Emphasis added.]

From this passage it is clear that “mere presence” in a place, even regularly, is insufficient *per se* to ground a conviction under s. 210(1). According to MacKinnon A.C.J.O., evidence of an attempt at control, management or direction of the place is adequate to support a conviction. But I do not read *Pierce and Golloher* to suggest that evidence of control or management is an essential element to be proven to ground a conviction under s. 210(1). MacKinnon A.C.J.O. only states that, on the facts of that case, evidence of control or management, such as a rental agreement for the parking places, could ground a conviction and that mere presence on a premises will not suffice.

In *R. v. McLellan*, *supra*, the first floor of a hotel was found to be a common bawdy-house. A prostitute was charged with “keeping”, under the present s. 210(1), when she used various rooms for the purposes of prostitution on four occasions. The Crown argued that the accused, McLellan, was “keeping” a common bawdy-house on account of the fact that she used the hotel temporarily on these four occasions. Nemetz C.J.B.C., after reviewing *Kerim*, *supra*, and a previous unreported decision of the British Columbia

doit prouver plus que le fait que l'accusé fréquente régulièrement un endroit. Aux pages 395 et 396, il fait remarquer:

[TRADUCTION] S'il avait été prouvé que les intimées avaient conclu un bail concernant un emplacement de stationnement, ou qu'elles pouvaient en utiliser un conformément à leur bail d'appartement, ou qu'elles avaient cherché à empêcher d'autres clients d'utiliser le parc de stationnement bien qu'elles aient elles-mêmes été des intruses, cet élément montrerait une forme de contrôle ou d'administration ou d'activité de contrôle, d'administration ou de direction du local, qui est indispensable à la déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction reprochée. Cet élément n'a, bien sûr, pas été prouvé ni n'a fait l'objet d'un argument; l'on a soutenu que leur simple présence dans le parc de stationnement, à plusieurs reprises, était suffisante pour établir qu'elles étaient tenancières d'une maison de débauche. Je le répète, je ne souscris pas à cette proposition . . . [Je souligne.]

Il ressort clairement de ce passage que la «simple présence», même régulière, dans un local ou un endroit est insuffisante en soi pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu du par. 210(1). Selon le juge en chef adjoint MacKinnon, la preuve d'une tentative de prise de contrôle, de l'administration ou de la direction suffit pour appuyer une déclaration de culpabilité. Mais je n'interprète pas l'arrêt *Pierce and Golloher* comme indiquant que la preuve du contrôle ou de l'administration est un élément essentiel qu'il faut prouver pour fonder une déclaration de culpabilité en vertu du par. 210(1). Le juge en chef adjoint MacKinnon dit seulement que, vu les faits de l'espèce, la preuve du contrôle ou de l'administration, tel un bail relatif aux lieux de stationnement, pourrait justifier la déclaration de culpabilité et que la simple présence sur les lieux est insuffisante.

Dans l'arrêt *R. v. McLellan*, précité, la cour a décidé que le rez-de-chaussée d'un hôtel était une maison de débauche. Conformément au par. 210(1) actuel, une prostituée a été inculpée d'avoir «tenu» une maison de débauche, parce qu'elle avait employé diverses chambres à des fins de prostitution à quatre reprises. Le ministère public a affirmé que l'accusée, McLellan, «tenait» une maison de débauche parce qu'elle avait employé l'hôtel temporairement à ces quatre reprises. Après avoir étudié l'arrêt *Kerim*, pré-

Court of Appeal, found that the simple providing of accommodation, for the purposes of prostitution or acts of indecency, is the essence of the *actus reus* of keeping a common bawdy-house.

These cases are illustrative of the various situations envisaged by the definition of “keeper” in s. 197(1), which may arise and may fall within the parameters of the offence of “keeping” in s. 210(1). Those circumstances, for which Parliament has seen fit to create an offence, are covered, as the case law demonstrates, by the broad definition of “keeper” in s. 197(1). Consequently, the test which must be formulated has to properly reflect the concerns articulated in that section of the *Criminal Code*.

#### 6. *The Proper Test for the Offence of “Keeping”*

The breadth of the definition in s. 197(1) and the case law serve to underline the need to keep a relatively flexible test for what, on a given set of facts, constitutes “keeping”. This test must accommodate the nature and degree of participation inherent in different common bawdy-house situations, from those of a parking lot to those of an ongoing operation of the classic brothel. In my opinion, the test of “a degree of control over the care and management” of the premises, coupled with participation in the illicit activities of the place, does not flow from the case law nor from a proper interpretation of ss. 210(1) and 197(1) to which it refers.

In the vast bulk of cases, a person charged as the “keeper” of a common bawdy-house will be the owner or manager, and, whether or not that person has care and management of the premises may not even be an issue. In other cases, however, where there is an established operation or business which constitutes a common bawdy-house, the requirement of “a degree of control over the care and management of the premises” is not commensurate with the range of conduct that s. 210(1) is intended to cover, given the wide definition of a “keeper” in s. 197(1). The

cité, et une décision antérieure inédite de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, le juge en chef Nemetz a conclu que le simple fait de fournir une chambre, à des fins de prostitution ou pour la pratique d’actes d’indécence, constitue l’essence de l’élément matériel de l’infraction consistant à tenir une maison de débauche.

Ces affaires illustrent les diverses situations visées par la définition de «tenancier» du par. 197(1), qui peuvent se présenter et qui peuvent être incluses dans les paramètres de l’infraction appelée «tenue» d’une maison de débauche au par. 210(1). Ces circonstances, à l’égard desquelles le Parlement a estimé utile de créer une infraction, sont visées, comme la jurisprudence le montre, par la définition large de «tenancier» du par. 197(1). Par conséquent, le test qui doit être énoncé doit refléter adéquatement les préoccupations qui ont inspiré cet article du *Code criminel*.

#### 6. *Le test approprié au regard de l’infraction consistant à «tenir» une maison de débauche*

La large portée de la définition du par. 197(1) et la jurisprudence servent à mettre en lumière la nécessité de retenir un test assez souple pour permettre de déterminer, selon les faits de l’espèce, ce qui constitue l’infraction consistant à «tenir» une maison de débauche. Ce test doit tenir compte de la nature et du degré de participation inhérents à divers cas touchant des maisons de débauche, du cas du parc de stationnement à celui de l’exploitation du bordel traditionnel. À mon avis, le test du «degré de contrôle sur le soin et l’administration» du local, combiné à la participation aux activités illicites du lieu, ne découle pas de la jurisprudence ni de la bonne interprétation des par. 210(1) et 197(1) à laquelle on fait référence.

Dans la vaste majorité des cas, la personne inculpée d’avoir «tenu» une maison de débauche sera le propriétaire ou le gérant et la question de savoir si elle avait le soin et l’administration du local ne sera peut-être même pas en litige. Dans d’autres affaires cependant, s’il s’agit d’un établissement ou d’une entreprise établie qui est une maison de débauche, l’exigence d’«un degré de contrôle sur le soin et l’administration du local» n’est pas compatible avec l’éventail d’actes que le par. 210(1) est censé réprimer, étant donné la large définition de «tenancier» au

proscribed conduct varies from the ownership and daily management of a common bawdy-house (as in *Woszczyzna, supra*), to the assistance in the operation of the premises, or perhaps appearance as owner of the premises (as in *Soucy, supra*), to the participation in some of the chores of operating a premises as a common bawdy-house (as in the present case), to the ordinary use or trespass on a place (as in *Pierce and Golloher, supra*). The requirement of proof of a degree of control over the care and management of the common bawdy-house would mean that the conduct of some persons actually participating in the daily operation of a common bawdy-house (or gaming house for that matter), as a business or going concern, would fall outside the scope of s. 210(1), conduct which, in my view, that section was intended to cover. A proper reading of the wording of s. 210(1) in conjunction with s. 197(1), as well as the legislative history of the statutory provisions and the case law, requires only proof of a degree of active participation in the operation of a common bawdy-house to ground a finding of guilt for the offence of "keeping".

This approach ensures that each and every offence described in s. 210 is separate and distinct, and also that the different severity of the penalties in subs. (1) and (2) is properly reflected. Persons who are regularly in a common bawdy-house as employees and who are actively engaged in activities other than, or in addition to, sexual activities, cannot be said to be simple "inmates" under s. 210(2)(a) or "found-ins" for the purposes of subs. (2)(b). Inmates and "found-ins" are not involved in the operation of the business beyond the simple provision and partaking of "services". The inmate under subs. (2)(a) is the prostitute who works on the premises with some regularity but is not responsible for any of the organizational duties involved in running the business as a business. The so-called "found-in" is simply the client who is caught in the premises. These persons only commit an offence punishable on summary conviction. Other persons who are on the premises solely for the purposes of their trade (for example, an electrician,

par. 197(1). Les conduites interdites varient de la propriété et administration quotidienne d'une maison de débauche (comme dans l'arrêt *Woszczyzna, précité*), à l'aide à l'exploitation du local, ou peut-être apparence de propriété du local (comme dans l'arrêt *Soucy, précité*), à la participation à certaines des tâches que comporte l'exploitation du local comme maison de débauche (comme en l'espèce), à l'utilisation habituelle d'un local ou endroit et l'introduction sans permission dans un endroit (comme dans l'arrêt *Pierce and Golloher, précité*). L'exigence de la preuve d'un degré de contrôle sur le soin et l'administration de la maison de débauche signifierait que la conduite de certaines personnes participant en fait à l'exploitation quotidienne de la maison de débauche (ou de la maison de jeu, quant à cela), comme entreprise ou affaire en activité, échapperait au par. 210(1); or, c'est une conduite que cet article, à mon avis, est censé viser. L'interprétation correcte du libellé du par. 210(1), en conjonction avec le par. 197(1), ainsi que de l'évolution historique des dispositions de la loi et de la jurisprudence, exige seulement la preuve d'un degré de participation active dans l'exploitation d'une maison de débauche pour que soit fondée la déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction consistant à «tenir» une maison de débauche.

Cette approche nous permet de nous assurer que chacune des infractions énumérées à l'art. 210 est séparée et distincte et, en outre, que les degrés différents de sévérité des peines prévues aux par. (1) et (2) sont respectés. Les personnes qui fréquentent régulièrement une maison de débauche à titre d'employés et qui exercent activement des fonctions autres que des activités sexuelles ou en plus de celles-ci ne peuvent pas être tenues simplement pour des personnes «habitantes» cette maison, au sens de l'al. 210(2)a), ou pour des personnes qui y sont «trouvées», au sens de l'al. (2)b). Ces personnes qui y habitent ou y sont «trouvées» ne jouent aucun rôle dans l'exploitation de l'entreprise au-delà de la simple fourniture de «services» ou de la participation à ceux-ci. La personne qui y habite, au sens de l'al. (2)a), est le prostitué qui y travaille assez régulièrement, mais n'est chargé d'aucune des fonctions d'organisation que comporte l'exploitation de l'entreprise commerciale. Ce qu'on appelle la personne qui y est «trouvée» est

plumber, or gardener), and who are not intended to fall within the offences in s. 210, would, under the present interpretation, escape liability. For the purposes of the “keeping” offence in s. 210(1), they are, to adopt MacKinnon A.C.J.O.’s words in *Pierce and Golloher, supra*, persons who are “merely present” on the premises.

On the other hand, those who (as Morden J.A. put it in *Karavasilis, supra*) actively “participate in the promotion, organization and operation” of the premises as a common bawdy-house must be considered to “keep” and therefore commit the more serious offence in s. 210(1). These persons may be the actual owners and managers, or may simply be employed to do tasks inherent in the running of the business such as accounting or perhaps allocation of the various rooms in the common bawdy-house. Other persons involved in different activities in relation to the operation of the premises, could be found guilty of keeping the premises, such as the “cashier/attendant” in *R. v. Soucy*.

In summary, then, on the question of law raised in this appeal, it is my view that the proper test under s. 210(1) is “a degree of active participation in the operation” of a common bawdy-house. Accordingly, I can agree neither with the majority of the Court of Appeal, nor with the Chief Justice’s approach.

### 7. Application to the Facts of this Case

The present case concerns an established premises and an organized business, admittedly a common bawdy-house, and the various roles played by different actors on such premises. The respondent worked there regularly, several days a week. The evidence reveals that each masseuse, including the respondent, was responsible for greeting clients at the reception area, and either taking them to a cubicle or contacting

simplement un client surpris dans le lieu. Ces personnes ne commettent qu’une infraction punissable par procédure sommaire. D’autres personnes qui se trouvent dans le local en raison seulement de leur métier (par exemple, l’électricien, le plombier, le jardinier) et qui ne sont pas censées être visées par les infractions prévues à l’art. 210, seraient soustraites à la responsabilité pénale, si cette interprétation était retenue. Aux fins de l’infraction de «tenue d’une maison de débauche» selon le par. 210(1), elles sont, pour citer les paroles du juge en chef adjoint MacKinnon dans l’arrêt *Pierce and Golloher* précité, «simplement présentes» dans le lieu.

Par ailleurs, il y a lieu de conclure que ceux qui (comme le dit le juge Morden dans l’arrêt *Karavasilis*, précité) «participent» activement «à la promotion, à l’organisation et à l’exploitation» du local comme maison de débauche «tiennent» une telle maison et commettent donc l’infraction plus grave prévue au par. 210(1). Ces personnes peuvent être les véritables propriétaires et administrateurs, ou peuvent être simplement des employés affectés à des tâches inhérentes à l’exploitation d’une entreprise, comme la comptabilité ou peut-être la répartition des diverses chambres de la maison de débauche. D’autres personnes qui exercent diverses activités relatives à l’exploitation du local pourraient être déclarées coupables d’avoir tenu le local, comme le caissier/préposé dans *R. v. Soucy*.

En résumé, pour ce qui a trait à la question de droit soulevée dans ce pourvoi, je suis d’avis que le test approprié, pour l’application du par. 210(1), est «un degré de participation active à l’exploitation» de la maison de débauche. Par conséquent, je ne puis souscrire ni à l’opinion de la majorité de la Cour d’appel, ni au point de vue du Juge en chef.

### 7. Application aux faits de l’espèce

Le cas qui nous occupe concerne un établissement et une entreprise organisée—une maison de débauche, de l’aveu général—et les divers rôles joués par divers acteurs dans cet établissement. L’intimée y travaillait régulièrement, plusieurs jours par semaine. La preuve révèle que chaque masseuse, l’intimée incluse, était chargée d’accueillir les clients à la réception et soit de les conduire vers une cabine, soit

the masseuse of the client's choice. The respondent would record the arrival and, later, the departure of her clients. When payments for the services were made, they were made directly to the respondent who would later place the owner's half in a cash box. The testimony of the "manager", St-Denis, reveals that she had no more control over this cash box than did anyone else. The respondent was also involved in counting the money received during the day to ensure the amount in the cash box coincided with the record of each client's arrival and departure.

The owner of the premises was often absent during the operation of the bawdy-house, and the fact that the respondent was not titled as the "manager" cannot in itself be determinative of whether she had a role in the operation of the business. There was no "*relation de travail*" between St-Denis and the respondent and it is apparent that the respondent did more than simply wait for clients in an assigned cubicle which might have made her a simple user of the common bawdy-house (or an inmate). The evidence clearly demonstrates that the respondent was an active participant in the operation of the common bawdy-house and engaged in tasks that went beyond mere presence on the premises. The respondent was obviously not a cog in the operation of the business and it is apparent that she was more than a simple "inmate" on the premises. Rather, she actively participated in the operation of the common bawdy-house and, accordingly, satisfies, in my view, the proper test under s. 210(1) of the *Code*.

The respondent, therefore, falls squarely within the expansive definition of "keeper" in s. 197(1) of the *Code*, and the premises were admitted to be a common bawdy-house. In my view, since the respondent actively participated in the operation of the bawdy-house, the trial judge made no error in entering a conviction. Therefore, I agree with the result reached by Tourigny J.A., dissenting in the Court of Appeal.

de trouver la masseuse choisie par le client. L'intimée inscrivait les arrivées et les départs de ses clients. Le paiement des services était fait directement à l'intimée, qui plaçait ensuite dans une boîte la moitié revenant au propriétaire. La «gérante», St-Denis, a témoigné qu'elle n'exerçait pas plus de contrôle sur cette boîte que n'importe qui. L'intimée aidait aussi à compter la recette à la fin de la journée; il s'agissait de s'assurer que la somme d'argent placée dans la boîte correspondait au nombre de clients inscrits dans le registre.

Le propriétaire de l'établissement était souvent absent au cours des périodes d'ouverture de la maison de débauche et le fait que l'intimée ne portait pas le titre de «gérante» ne peut pas en soi être décisif quant à la question de savoir si elle jouait un rôle dans l'exploitation de l'entreprise. Il n'y avait pas de relation de travail entre St-Denis et l'intimée et il est évident que l'intimée ne se bornait pas à attendre les clients dans la cabine qui lui était assignée, ce qui en aurait fait une simple utilisatrice de la maison de débauche (ou une personne l'habitant). La preuve montre donc clairement que l'intimée était une participante active à l'exploitation de la maison de débauche et accomplissait des tâches qui allaient au-delà de la simple présence sur les lieux. À l'évidence, l'intimée n'était pas un simple rouage dans le fonctionnement de l'entreprise et il est manifeste qu'elle faisait plus que simplement «habiter» la maison. Elle participait activement à l'exploitation de la maison de débauche et, par conséquent, elle satisfait à mon sens au critère approprié pour l'application du par. 210(1) du *Code*.

L'intimée est donc nettement visée par la définition étendue de «tenancier» du par. 197(1) du *Code* et il a été reconnu en outre que le local était une maison de débauche. À mon avis, comme l'intimée a participé activement à l'exploitation d'une maison de débauche, le juge du procès n'a commis aucune erreur en prononçant une déclaration de culpabilité. Par voie de conséquence, je souscris à la conclusion tirée par le juge Tourigny, dissidente en Cour d'appel.

Disposition

I would allow the appeal and restore the trial judge's conviction of the respondent.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Éric Simard, Valleyfield.*

*Solicitor for the respondent: Michel Ferland, Montréal.*

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès à l'endroit de l'intimée.

*Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureur de l'appelante: Éric Simard, Valleyfield.*

*Procureur de l'intimée: Michel Ferland, Montréal.*

**United States of America** *Appellant*

v.

**Alain Allard and Jean-Pierre Charette** *Respondents*

INDEXED AS: UNITED STATES v. ALLARD

File No.: 20626.

1990: October 5; 1991: February 22; 1991: April 18.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT FOR QUEBEC

*Extradition — Treaty — Extradition crime — Plane hijacking allegedly committed in foreign country — Hijacking not extradition crime under treaties with foreign country or a crime in Canada at time allegedly committed — Hijacking included in schedule of extradition crimes in subsequent treaty — Whether subsequent treaty applies to crime — Whether treaty applies to crime which did not exist under Canadian law when it was committed — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 12, 34 — Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, art. 18(2), Schedule.*

Appellant seeks the extradition of respondents for a plane hijacking allegedly committed in the U.S. in 1969. Hijacking was not a crime under Canadian law and was not an extradition crime under the extradition agreements between Canada and the U.S. at the time, but was added to the *Criminal Code* in 1972 and appears in the schedule of extradition crimes in the treaty which came into force in 1976. The extradition judge found that the 1976 treaty should not be applied retroactively and that it covers only crimes existing under Canadian law at the time of their commission. He refused the requests for extradition and ordered respondents' release.

*Held:* The appeal should be dismissed.

At the hearing, the Court brought to counsel's attention the 1970 *Convention for the Suppression of the Unlawful Seizure of Aircraft*, Article 8(1) of which pro-

**Les États-Unis d'Amérique** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Alain Allard et Jean-Pierre Charette** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ÉTATS-UNIS c. ALLARD

<sup>b</sup> N° du greffe: 20626.

1990: 5 octobre; 1991: 22 février; 1991: 18 avril.

<sup>c</sup> Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC

<sup>d</sup> *Extradition — Traité — Crime donnant lieu à l'extradition — Détournement d'avion qui aurait été commis dans un pays étranger — Le détournement d'avion n'était ni un crime donnant lieu à l'extradition en vertu des traités conclus avec le pays étranger ni un crime au Canada à l'époque où il aurait été commis — Le détournement d'avion a été ajouté à l'annexe des crimes donnant lieu à l'extradition dans un traité subséquent — Le traité subséquent s'applique-t-il à ce crime? — Le traité s'applique-t-il à un crime qui n'existait pas dans la législation canadienne au moment où il a été commis? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 12, 34 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 18(2), annexe.*

<sup>e</sup> L'appelant réclame l'extradition des intimés pour un détournement d'avion qui aurait été commis aux États-Unis en 1969. À l'époque, le détournement d'avion n'était pas un crime en vertu de la législation canadienne et ne donnait pas lieu à l'extradition en vertu des accords d'extradition entre le Canada et les États-Unis, mais a été ajouté au *Code criminel* en 1972 et figure à l'annexe des crimes du traité d'extradition qui est entré en vigueur en 1976. Le juge en matière d'extradition a conclu que le traité de 1976 ne devrait pas être appliqué de façon rétroactive et qu'il ne s'applique qu'aux crimes qui étaient prévus par la loi canadienne à l'époque de leur perpétration. Il a rejeté les demandes d'extradition et a ordonné la libération des intimés.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> À l'audition, la Cour a porté à l'attention des procureurs la *Convention pour la répression de la capture illécite d'aéronefs* de 1970, dont le par. 8(1) prévoit que le



vides that the crime of hijacking a plane is deemed to be included as an extradition crime in the extradition agreements between Canada and the U.S. from 1972, but the Convention does not affect the outcome of this appeal.

The first question here is whether the 1976 extradition treaty applies to a crime committed before it came into force. Under s. 12 of the *Extradition Act*, the fact that the crime for which extradition is sought was committed before a treaty came into force does not prevent extradition for that crime under the treaty, and the 1976 treaty and the agreements that preceded it contemplated extradition for crimes committed before their coming into force. However, the treaty applies only to crimes existing under Canadian law at the time of their commission. Under s. 34 of the Act, the list of extradition crimes set out in Schedule I is to be construed according to the law existing in Canada at the date of commission of the alleged crime, and the same rule should apply to crimes mentioned in the treaty only. A fugitive may accordingly only be extradited if the act with which he is charged was a crime recognized in Canada at the time it was committed.

#### Cases Cited

**Disapproved:** *United States of America v. Binder*, Ont. Dist. Ct., December 17, 1985, unreported; *California (State) v. Ogoshi* (1989), 51 C.C.C. (3d) 193; **referred to:** *Re Cannon* (1908), 14 C.C.C. 186; *R. v. Stone (No. 2)* (1911), 17 C.C.C. 377; *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16; *In re Counhaye* (1873), L.R. 8 Q.B. 410.

#### Statutes and Regulations Cited

*Convention for the Suppression of the Unlawful Seizure of Aircraft*, Can. T.S. 1972 No. 23, art. 8(1).  
*Criminal Law Amendment Act, 1972*, S.C. 1972, c. 13, s. 3.  
*Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 3, 12, 18(1)(b), 34, Schedule I.  
*Extradition Treaty Between Canada and the United States of America*, December 3, 1971, Can. T.S. 1976 No. 3, art. 18(2), Schedule.  
*Supplementary Convention Between Canada and the United States of America to Provide for Extradition on Account of Crimes or Offences Committed Against the Laws for the Suppression of the Traffic in Narcotics*, January 8, 1925, Can. T.S. 1952 No. 12, art. III.

crime de détournement d'avion est compris comme cas d'extradition dans les accords d'extradition entre le Canada et les États-Unis depuis 1972, mais la convention ne change en rien le résultat du présent pourvoi.

<sup>a</sup> La première question en l'espèce est de savoir si le traité d'extradition de 1976 s'applique à un crime commis avant l'entrée en vigueur du traité. Aux termes de l'art. 12 de la *Loi sur l'extradition*, le fait que le crime pour lequel on réclame l'extradition ait été commis antérieurement à l'entrée en vigueur d'un traité n'empêche pas l'extradition pour ce crime en vertu de ce traité, et le traité de 1976 ainsi que les accords qui l'ont précédé prévoyaient l'extradition pour des crimes commis avant leur entrée en vigueur. Toutefois, le traité ne s'applique qu'aux crimes qui étaient prévus par la loi canadienne à l'époque de leur perpétration. Aux termes de l'art. 34 de la Loi, la liste des crimes qui donnent lieu à l'extradition figurant à l'annexe 1 s'interprète selon l'état du droit canadien au moment de la perpétration du crime imputé, et la même règle devrait s'appliquer aux crimes mentionnés uniquement dans le traité. Par conséquent, l'extradition d'un fugitif n'est permise que si l'acte reproché au fugitif était un crime reconnu au Canada lors de sa perpétration.

#### Jurisprudence

**Arrêts critiqués:** *United States of America v. Binder*, C. dist. Ont., 17 décembre 1985, inédit; *California (State) v. Ogoshi* (1989), 51 C.C.C. (3d) 193; **arrêts mentionnés:** *Re Cannon* (1908), 14 C.C.C. 186; *R. v. Stone (No. 2)* (1911), 17 C.C.C. 377; *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16; *In re Counhaye* (1873), L.R. 8 Q.B. 410.

#### Lois et règlements cités

*Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, R.T. Can. 1972 n° 23, art. 8(1).  
*Convention supplémentaire à la convention supplémentaire entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique pour l'extradition réciproque des criminels fugitifs*, 26 octobre 1951, R.T. Can. 1952, n° 12, art. II.  
*Convention supplémentaire d'extradition entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique*, 15 mai 1922, R.T. Can. 1952 n° 12, art. 3.  
*Convention supplémentaire entre le Canada et les États-Unis d'Amérique prévoyant l'extradition dans le cas de crimes ou de délits commis contre les lois visant la répression du commerce des stupéfiants*, 8 janvier 1925, R.T. Can. 1952 n° 12, art. III.

*Supplementary Convention Between Her Majesty and the United States of America for the Extradition of Criminals*, July 12, 1889, Can. T.S. 1952 No. 12, art. VIII.

*Supplementary Convention Between Her Majesty and the United States of America for the Mutual Extradition of Fugitive Criminals (Enlarging List of Crimes)*, December 13, 1900, Can. T.S. 1952 No. 12, art. II.

*Supplementary Convention Between His Majesty and the United States of America for the Mutual Surrender of Fugitive Criminals*, April 12, 1905, Can. T.S. 1952 No. 12, art. II.

*Supplementary Convention to the Supplementary Convention Between Her Majesty and the United States of America for the Mutual Extradition of Fugitive Criminals*, October 26, 1951, Can. T.S. 1952 No. 12, art. II.

*Supplementary Extradition Convention Between His Majesty and the United States of America*, May 15, 1922, Can. T.S. 1952 No. 12, art. 3.

*Treaty Between Her Majesty and the United States of America, to Settle and Define the Boundaries Between the Possessions of Her Britannic Majesty in North America, and the Territories of the United States; for the Final Suppression of the African Slave Trade; and for the Giving up of Criminals, Fugitive from Justice, in Certain Cases*, August 9, 1842, Can. T.S. 1952 No. 12, art. X.

APPEAL from a judgment of Riopel J. of the Quebec Superior Court<sup>1</sup>, sitting as an extradition judge, refusing requests for extradition. Appeal dismissed.

*Jacques Letellier, Q.C.*, and *Robert Marchi*, for the appellant.

*Pierre Poupart*, for the respondent Alain Allard.

*Robert Sacchitelle*, for the respondent Jean-Pierre Charette.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The appellant, the United States of America, seeks the extradition of the respondents, Alain Allard and Jean-Pierre Charette, for the crime of hijacking a plane alleged to have been committed in the United States in 1969. At the time, this crime

<sup>1</sup> Sup. Ct. Mtl., Nos. 550-27-009836-841 and 500-27-009035-843, June 29, 1987.

*Convention supplémentaire entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique concernant l'extradition des criminels*, 12 juillet 1889, R.T. Can. 1952 n° 12, art. VIII.

*Convention supplémentaire entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique pour l'extradition réciproque des criminels fugitifs*, 12 avril 1905, R.T. Can. 1952 n° 12, art. II.

*Convention supplémentaire entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique pour l'extradition réciproque des criminels fugitifs (ajoutant à la liste des crimes)*, 13 décembre 1900, R.T. Can. 1952, n° 12, art. II.

*Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, 1972, S.C. 1972, ch. 13, art. 3.

*Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 3, 12, 18(1)b), 34, annexe I.

*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, 3 décembre 1971, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 18(2), annexe.

*Traité entre Sa Majesté et les États-Unis d'Amérique pour déterminer et définir les frontières entre les possessions de Sa Majesté britannique en Amérique du Nord et les territoires des États-Unis; pour la suppression définitive de la traite des Noirs africains; et, en certains cas, pour la reddition des criminels fugitifs recherchés par la justice*, 9 août 1842, R.T. Can. 1952 n° 12, art. X.

POURVOI contre un jugement du juge Riopel de la Cour supérieure du Québec<sup>1</sup>, siégeant à titre de juge en matière d'extradition, qui a rejeté des demandes d'extradition. Pourvoi rejeté.

*Jacques Letellier, c.r.*, et *Robert Marchi*, pour l'appelant.

*Pierre Poupart*, pour l'intimé Alain Allard.

*Robert Sacchitelle*, pour l'intimé Jean-Pierre Charette.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LA FOREST—L'appelant, les États-Unis d'Amérique, réclame l'extradition des intimés, Alain Allard et Jean-Pierre Charette, pour le crime de détournement d'avion qui aurait été commis aux États-Unis en 1969. À l'époque, ce crime ne donnait

<sup>1</sup> C. S. Mtl., nos 550-27-009836-841 et 500-27-009035-843, 29 juin 1987.

was not an extradition crime under the extradition agreements between Canada and the United States and, moreover, hijacking was not as such a crime under Canadian law. It was not until 1972 that this crime was added to the *Criminal Code* (see S.C. 1972, c. 13, s. 3), and it now appears in the schedule of extradition crimes in the extradition treaty between Canada and the United States which came into force in 1976 (see Can. T.S. 1976 No. 3).

Riopel J. of the Superior Court of Quebec, acting pursuant to the *Extradition Act*, refused the requests for extradition and ordered the release of the respondents because of the retroactive application sought to be given to the treaty. It is from this judgment that the appellant appeals to this Court.

To succeed, the appellant must establish two propositions:

1. that the extradition treaty applies to a crime committed before the coming into force of the treaty, and
2. that the treaty applies to the crime of hijacking in the United States at a time when this crime did not exist under Canadian law.

So far as the first of these propositions is concerned, it should be noted that at the first hearing before this Court, the Court brought to the attention of counsel the 1970 *Convention for the Suppression of the Unlawful Seizure of Aircraft* (hereafter the *Hague Convention*), a multilateral convention which includes Canada and the United States as parties, and which came into force for Canada on July 24, 1972; see Can. T.S. 1972 No. 23. Article 8(1) of this treaty reads as follows:

#### ARTICLE 8

1. The offence shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between Contracting States. Contracting States undertake to include the offence as an extraditable offence in every extradition treaty to be concluded between them.

At the second hearing before this Court, the parties were agreed that by virtue of this article, the crime of hijacking a plane must be understood as having been included as an extradition crime in the extradition

pas lieu à l'extradition en vertu des accords d'extradition entre le Canada et les États-Unis et, qui plus est, le détournement d'avion n'était pas comme tel un crime en vertu de la législation canadienne. Ce n'est qu'en 1972 que ce crime a été ajouté au *Code criminel* (voir S.C. 1972, ch. 13, art. 3), et il figure maintenant à l'annexe des crimes du traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis qui est entré en vigueur en 1976 (voir R.T. Can. 1976 n° 3).

Le juge Riopel de la Cour supérieure du Québec, agissant en vertu de la *Loi sur l'extradition*, a rejeté les demandes d'extradition et a ordonné la libération des intimés en raison de l'application rétroactive que l'on voulait donner au traité. C'est de ce jugement que l'appelant interjette appel à notre Cour.

Pour réussir, l'appelant doit établir deux propositions, soit:

1. que le traité d'extradition s'applique à un crime commis avant l'entrée en vigueur du traité, et
2. que le traité s'applique au crime de détournement d'avion aux États-Unis à une époque où ce crime n'existait pas dans la législation canadienne.

En ce qui concerne la première de ces propositions, il est à noter qu'à la première audition devant notre Cour, la Cour a porté à l'attention des procureurs la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs* de 1970 (ci-après la *Convention de La Haye*), une convention multilatérale qui compte comme parties le Canada et les États-Unis, et qui est entrée en vigueur pour le Canada le 24 juillet 1972; voir R.T. Can. 1972 n° 23. L'article 8(1) de ce traité se lit ainsi:

#### ARTICLE 8

(1) L'infraction est de plein droit comprise comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États contractants. Les États contractants s'engagent à comprendre l'infraction comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux.

À la deuxième audition devant notre Cour, les parties ont convenu qu'en vertu de cet article, le crime de détournement d'avion doit être compris comme ayant été un cas d'extradition dans les accords d'extradition

agreements between Canada and the United States from 1972. However, as will be seen from the reasons that follow, this has no effect on the conclusion at which I have arrived.

While international practice may no doubt have a certain value in interpreting the law, it is important to underline that extradition does not exist by virtue of customary international law. Rather, extradition takes place in accordance with the *Extradition Act*, R.S.C., 1985, c. E-23, and, pursuant to s. 3 of the Act, with the provisions of the applicable treaty. Now s. 12 of the Act asserts the principle that the fact that the crime for which extradition is sought was committed before the coming into force of a treaty does not prevent extradition for that crime under the treaty. Section 12 reads as follows:

12. Every fugitive criminal of a foreign state, to which this Part applies, is liable to be apprehended, committed and surrendered in the manner provided in this Part, whether the crime or conviction in respect of which the surrender is sought was committed or took place before or after the date of an arrangement, or before or after the time when this Part is made to apply to that state, and whether there is or is not any criminal jurisdiction in any court of Her Majesty's Realms and Territories over the fugitive in respect of the crime. [Emphasis added.]

There is nothing in the 1976 treaty that modifies this principle in any way. In fact, the treaty and the agreements that preceded it seem to support the general principle. Article 18(2) of the treaty reads as follows:

ARTICLE 18

(2) This Treaty shall terminate and replace any extradition agreements and provisions on extradition in any other agreement in force between Canada and the United States; except that the crimes listed in such agreements and committed prior to entry into force of this Treaty shall be subject to extradition pursuant to the provisions of such agreements. [Emphasis added.]

It must be remembered that, by virtue of the *Hague Convention*, the crime here was comprised in the

entre le Canada et les États-Unis depuis 1972. Cependant, on verra pour les motifs qui suivent que cela ne change en rien le résultat auquel je suis parvenu.

Quoique la pratique internationale puisse, sans doute, être d'une certaine utilité dans l'interprétation de la loi, il est important de souligner que l'extradition n'existe pas en vertu d'une coutume internationale. L'extradition se fait plutôt en conformité avec la *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), ch. E-23, et, ainsi que le prévoit l'art. 3 de cette loi, avec les dispositions du traité applicable. Or, l'article 12 de la Loi énonce le principe que le fait que le crime pour lequel on réclame l'extradition ait été commis antérieurement à l'entrée en vigueur d'un traité n'empêche pas l'extradition pour le crime en vertu de ce traité. Cet article se lit:

12. L'antériorité de la perpétration ou de la condamnation par rapport à la conclusion du traité avec l'État étranger en cause ou à l'application de la présente partie à celui-ci, non plus que l'absence de compétence des tribunaux des royaumes ou territoires de Sa Majesté quant au fugitif pour le crime en question ne font obstacle à ce que le fugitif soit arrêté, incarcéré ou livré sous le régime de la présente partie. [Je souligne.]

Je ne vois rien dans le traité de 1976 qui apporte aucun changement à ce principe. En effet, le traité et les accords qui l'ont précédé semblent appuyer le principe général. L'article 18(2) du traité se lit:

ARTICLE 18

(2) Le présent Traité terminera et remplacera tous accords d'extradition en vigueur entre le Canada et les États-Unis et toutes dispositions relatives à l'extradition contenues dans tout autre accord en vigueur entre eux; toutefois, les infractions énumérées dans ces accords et commises avant l'entrée en vigueur du présent Traité seront passibles d'extradition en application des dispositions de ces accords. [Je souligne.]

Rappelons-nous que, par la *Convention de La Haye*, l'infraction en question était comprise dans les

extradition agreements in effect at the time. Consequently, by virtue of Article 18(2) of the 1976 treaty, the crime was an extradition crime under the provisions of these agreements. Moreover, if one reads the provisions of these agreements carefully, it becomes evident that they contemplated extradition for crimes committed before their coming into force. These agreements consist of Article X of the Ashburton-Webster treaty of 1842, as modified by subsequent agreements. The first agreement modifying this treaty, the Convention of 1889, by Article VIII, it is true, contemplated that it did not apply to crimes committed before its coming into force, but each of the subsequent agreements expressly provided that the crimes added by it must be interpreted as if they had been set forth in the 1889 convention. That of 1900, for example, thus reads:

Article II. — The present Convention shall be considered as an integral part of the said Extradition Convention of the 12th July, 1889, and the first Article of the last-mentioned Convention shall be read as if the list of crimes therein contained had originally comprised the additional crimes specified, and numbered 11 to 13 in the first Article of the present Convention.

A similar provision appears under all the other agreements providing for extradition between the two countries up to the coming into force of the 1976 treaty; see that of 1905, Article II, that of 1922, Article 3, that of 1925, Article III, and that of 1951, Article II; see Can. T.S. 1952 No. 12. The cases support the interpretation I have given these articles; see *Re Cannon* (1908), 14 C.C.C. 186 (Ont. H.C.); *R. v. Stone (No. 2)* (1911), 17 C.C.C. 377 (Que. K.B.). It is true that there is no such clause in the *Hague Convention*, but given that this convention provided for the incorporation of the crime of hijacking in these agreements, I do not see why this crime should be treated differently. Besides, as I have already noted, this approach is in accordance with the general principle provided in the Act.

I, therefore, conclude that the appellant must succeed on this point.

I turn now to the second proposition mentioned earlier, that the treaty applies to a crime which did not exist under Canadian law when it was committed in the requesting state. The courts are divided on the

accords d'extradition de l'époque. En conséquence, en vertu du par. 18(2) du traité de 1976, le crime en cause est passible d'extradition en application des dispositions de ces accords. De plus, si on lit attentivement les dispositions de ces accords, il devient évident qu'ils prévoyaient l'extradition pour des crimes commis avant leur entrée en vigueur. Ces accords consistent en l'article X du traité Ashburton-Webster de 1842, tel que modifié par des accords subséquents. Le premier accord modifiant ce traité, la convention de 1889, par son article VIII, prévoyait, il est vrai, qu'il ne s'appliquerait pas aux crimes commis avant son entrée en vigueur, mais chacun des accords subséquents prévoyait expressément que les crimes ajoutés par celui-ci devaient être compris comme s'ils avaient été spécifiés dans la convention de 1889. Celui de 1900, par exemple, se lit ainsi:

Article II. — La présente Convention sera considérée comme faisant partie intégrante de ladite Convention d'extradition du 12 juillet 1889, et le premier Article de ladite Convention se lira comme si la liste des crimes qui y sont énumérés avait compris dès le début les crimes additionnels spécifiés, qui sont numérotés de 11 à 13 au premier Article de la présente Convention.

Une clause semblable paraît dans tous les autres accords prévoyant l'extradition entre les deux pays jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de 1976; voir celui de 1905, article II, celui de 1922, article 3, celui de 1925, article III, et celui de 1951, article II; voir R.T. Can. 1952 n° 12. La jurisprudence appuie l'interprétation que je donne à ces articles; voir *Re Cannon* (1908), 14 C.C.C. 186 (H.C. Ont.); *R. v. Stone (No. 2)* (1911), 17 C.C.C. 377 (B.R. Qué.). Il est vrai qu'il n'existe pas de clause de ce genre dans la *Convention de La Haye*, mais étant donné que celle-ci prévoit l'incorporation du crime de détournement d'avion dans ces accords, je ne vois pas pourquoi on traiterai ce crime de façon différente. D'ailleurs, comme je l'ai déjà signalé, cette façon de voir s'accorde avec le principe général prévu par la Loi.

Donc, je suis d'avis que l'appelant doit réussir sur ce point.

Je passe maintenant à la seconde proposition mentionnée plus haut, que le traité s'applique à un crime qui n'était pas prévu par la loi canadienne quand il a été perpétré dans le pays requérant. Les tribunaux

issue. *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (Ont. Co. Ct.), supports Riopel J.'s opinion in the present case that the treaty applies only to crimes existing under Canadian law at the time of their commission; see also *In re Counhaye* (1873), L.R. 8 Q.B. 410. On the other hand, the cases of *United States of America v. Binder*, (Ont. Dist. Ct.), December 17, 1985, unreported, and *California (State) v. Ogoshi* (1989), 51 C.C.C. (3d) 193 (B.C.S.C.), support the view that it is sufficient that the crime be recognized in Canada at the time of the requisition. In my view, the latter cases do not give sufficient attention to s. 34 of the Act, which prescribes the manner in which the list of crimes set forth in Schedule I of the Act is to be interpreted. This section reads as follows:

**34.** The list of crimes set out in Schedule I shall be construed according to the law existing in Canada at the date of the commission of the alleged crime, whether by common law or by statute, and as including only such crimes, of the description comprised in the list, as are indictable offences under that law. [Emphasis added.]

It is true that s. 34 applies in terms only to crimes listed in Schedule I of the Act, but it must not be forgotten that when s. 34 came into force, these crimes were the only extradition crimes. The Canadian Act was closely modelled on the British statute except that, unlike the latter, it provided for the addition of crimes without adding to the Schedule. While the section was drafted in a rather clumsy manner, the general principle is clearly apparent. It would be odd if a different rule were applied to crimes listed in Schedule I than to those mentioned in the treaty only.

The foregoing seems consistent with s. 18(1)(b) of the Act, which provides for the issue of a warrant for the committal of the fugitive until surrendered to the foreign state. This section reads:

**18.** (1) The judge shall issue a warrant for the committal of the fugitive to the nearest convenient prison, there to remain until surrendered to the foreign state, or discharged according to law,

(b) in the case of a fugitive accused of an extradition crime, if such evidence is produced as would, accord-

sont d'avis partagés sur le sujet. *Re United States of America and Smith* (1984), 15 C.C.C. (3d) 16 (C. cté Ont.), appuie l'opinion du juge Riopel en l'espèce que le traité ne s'applique qu'aux crimes qui étaient prévus par la loi canadienne à l'époque de leur perpétration; voir aussi *In re Counhaye* (1873), L.R. 8 Q.B. 410. Par contre, les arrêts *United States of America v. Binder*, C. dist. Ont., 17 décembre 1985, inédit, et *California (State) v. Ogoshi* (1989), 51 C.C.C. (3d) 193 (C.S.C.-B.), appuient l'opinion qu'il suffit que le crime soit reconnu au Canada au moment de la demande. À mon avis, ces derniers arrêts n'ont pas suffisamment porté attention à l'art. 34 de la Loi qui prescrit la façon dont doit s'interpréter la liste des crimes énumérés à l'annexe I de la Loi. Cet article se lit comme suit:

**34.** La liste figurant à l'annexe I s'interprète selon l'état du droit canadien — *common law* ou textes législatifs — au moment de la perpétration du crime imputé et n'est censée comprendre que les crimes qui y figurent et qui sont des actes criminels. [Je souligne.]

Il est vrai que l'art. 34 ne s'applique selon ces termes qu'aux crimes qui figurent à l'annexe I de la Loi, mais il ne faut pas oublier que quand l'art. 34 est entré en vigueur, ces crimes étaient les seuls donnant lieu à l'extradition. La loi canadienne avait suivi de près la loi britannique à l'exception que, contrairement à celle-ci, elle prévoyait l'ajout de nouveaux crimes sans pourtant ajouter à l'annexe. Bien que l'article ait été rédigé de façon un peu maladroite, le principe général s'en dégage clairement. Il serait étrange d'appliquer une règle différente aux crimes énumérés à l'annexe I et à ceux mentionnés uniquement dans le traité.

Ce qui précède semble conforme avec l'al. 18(1)(b) de la Loi qui prévoit la délivrance du mandat portant l'incarcération du fugitif en attendant sa remise à l'État étranger. Cet article dit:

**18.** (1) Le juge délivre un mandat de dépôt portant incarceration du fugitif dans la prison appropriée la plus rapprochée en attendant la remise de celui-ci à l'État étranger ou sa libération conformément à la loi:

(b) dans le cas où le fugitif n'est qu'accusé d'un crime donnant lieu à l'extradition, lorsque les éléments de

ing to the law of Canada, subject to this Part, justify the committal of the fugitive for trial, if the crime had been committed in Canada. [Emphasis added.]

I am, therefore, of the view that a fugitive may only be extradited if the act of which he is charged was a crime recognized in Canada at the time it was committed.

I should note that, despite the invitation of the Court, the parties did not raise the issue whether the respondents could have been extradited if the act alleged to have been committed by them was a crime, other than hijacking, which was listed in the treaty and was a crime according to the law of Canada at the time it was committed. It is thus unnecessary to consider this issue.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Canada, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Alain Allard: Poupart & Cournoyer, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Jean-Pierre Charette: Bastien, Spagnoli, Montréal.*

preuve produits justifieraient en droit canadien, sous réserve des autres dispositions de la présente partie, sa citation à procès si le crime avait été commis au Canada. [Je souligne.]

<sup>a</sup> Donc, je suis d'avis que l'extradition d'un fugitif n'est permise que si l'acte reproché au fugitif était un crime reconnu au Canada lors de sa perpétration.

<sup>b</sup> Je dois observer que, malgré l'invitation de la Cour, les parties n'ont pas soulevé la question à savoir si les intimés pourraient être extradés si l'acte reproché était un crime autre que celui de détournement d'avion qui figurait au traité et qui était un crime selon la loi canadienne à l'époque où il a été perpétré. Il n'y a donc pas lieu de considérer cette question.

<sup>d</sup> Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'appelant: Le sous-procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé Alain Allard: Poupart & Cournoyer, Montréal.*

<sup>f</sup> *Procureurs de l'intimé Jean-Pierre Charette: Bastien, Spagnoli, Montréal.*

**Wesley Gareth Evans** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. EVANS

File No.: 21375.

1991: January 21; 1991: April 18.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to be advised of reason for detention — Right to counsel — Accused not understanding right — Police initially investigating drug offence — Investigation changing to murder investigation — Accused initially waived right to counsel — Accused not formally informed of change of nature of investigation — Accused not informed of right to counsel when nature of investigation changed — Incriminating statements made during investigation — Whether or not infringement of accused's right to be informed of reason for detention — Whether or not infringement of accused's right to counsel — Whether or not statements should be excluded for bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), (b), 24(2).*

*Evidence — Admissibility — Charter of Rights — Right to be advised of reason for detention — Right to counsel — Accused not understanding right — Police initially investigating drug offence — Investigation changing to murder investigation — Accused initially waived right to counsel — Accused not formally informed of change of nature of investigation — Accused not informed of right to counsel when nature of investigation changed — Incriminating statements made during investigation — Whether or not infringement of accused's right to be informed of reason for detention — Whether or not infringement of accused's right to counsel — Whether or not statements should be excluded for bringing administration of justice into disrepute —*

**Wesley Gareth Evans** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. EVANS

<sup>b</sup> N° du greffe: 21375.

1991: 21 janvier; 1991: 18 avril.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé du motif de sa détention — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé ne comprenant pas ses droits — Enquête de police portant initialement sur une infraction relative à de la drogue — Changement de l'enquête en une enquête pour meurtre — Accusé ayant d'abord renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé n'ayant pas été formellement avisé du changement de nature de l'enquête — Accusé n'ayant pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat quand la nature de l'enquête a changé — Déclarations incriminantes faites pendant l'enquête — Le droit de l'accusé d'être informé du motif de sa détention a-t-il été violé? — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? — Les déclarations devraient-elles être écartées parce que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), b), 24(2).*

*Preuve — Recevabilité — Charte des droits — Droit d'être informé du motif de sa détention — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé ne comprenant pas ses droits — Enquête de police portant initialement sur une infraction relative à de la drogue — Changement de l'enquête en une enquête pour meurtre — Accusé ayant d'abord renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé n'ayant pas été formellement avisé du changement de nature de l'enquête — Accusé n'ayant pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat quand la nature de l'enquête a changé — Déclarations incriminantes faites pendant l'enquête — Le droit de l'accusé d'être informé du motif de sa détention a-t-il été violé? — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? — Les déclarations devraient-elles être écartées parce que leur utilisation serait susceptible de*



*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10(a), (b), 24(2).

Appellant, a youth of subnormal mental capacity, was convicted of first degree murder in the brutal killings of two women. Initially, the police thought his brother had committed the murders and arrested the appellant on a marijuana charge in the hope that he would be able to provide evidence against his brother. The police informed Evans of his right to counsel but were given a negative answer when asked if he understood his rights. Any understanding that the accused may have had of his rights was confined to a garbled version based on American television. No attempt was made to communicate the meaning of his right to counsel to him. During the course of the interrogation that followed, Evans became the prime suspect in the two murders. The police did not formally advise the appellant that he was then being detained for murder, nor did they reiterate his right to counsel. The police investigation was aggressive and marked by their lying about finding the appellant's fingerprint at one of the murder scenes. Eventually incriminating statements were obtained from the appellant. These statements formed virtually the entire basis of his conviction for the two murders. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here is whether appellant's rights under ss. 7, 10(a) and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated so that the resultant confessions should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

*Held*: The appeal should be allowed.

*Per* Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The right to be promptly advised of the reason for one's detention embodied in s. 10(a) of the *Charter* is founded most fundamentally on the notion that one is not obliged to submit to an arrest if one does not know the reasons for it. A second aspect of the right lies in its role as an adjunct to the right to counsel conferred by s. 10(b) of the *Charter*. In interpreting s. 10(a) in a purposive manner, regard must be had to the double rationale underlying the right.

When considering whether there has been a breach of s. 10(a) of the *Charter*, the substance of what the accused can reasonably be supposed to have understood, rather than the formalism of the precise words used, must govern. What the accused was told, viewed reason-

*déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10a), b), 24(2).

L'appelant, un jeune déficient mental léger, a été déclaré coupable de meurtre au premier degré pour l'assassinat brutal de deux femmes. Au début, les policiers, croyant que son frère avait commis les meurtres, ont arrêté l'appelant sur une inculpation relative à de la marijuana dans l'espoir qu'il leur fournirait des éléments de preuve contre son frère. Les policiers ont informé Evans de son droit à l'assistance d'un avocat, mais quand on lui a demandé s'il comprenait ses droits, il a répondu que non. La compréhension que l'accusé pouvait avoir de ses droits se limitait à des connaissances confuses apprises à la télévision américaine. On n'a pas tenté de lui expliquer le sens de son droit à l'assistance d'un avocat. Pendant l'interrogatoire qui a suivi, Evans est devenu le suspect principal des deux meurtres. Les policiers n'ont pas formellement informé l'appelant qu'il était en état d'arrestation pour meurtre et n'ont pas répété l'avis au sujet de son droit à l'assistance d'un avocat. L'enquête des policiers a été agressive et a comporté des mensonges de leur part au sujet des empreintes de l'appelant qui auraient été trouvées sur les lieux de l'un des meurtres. L'appelant a fini par faire des déclarations incriminantes. Ces déclarations constituent la presque totalité des preuves justifiant sa déclaration de culpabilité pour les deux meurtres. L'appel à la Cour d'appel a été rejeté. La question en litige est de savoir si les droits garantis à l'appelant en vertu de l'art. 7 et des al. 10a) et 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés et si les aveux qui en ont résulté auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

*Les* juges Gonthier, Cory et McLachlin: Le droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation énoncé à l'al. 10a) de la *Charte* découle fondamentalement de la notion que personne n'est tenu de se soumettre à une arrestation dont il ne connaît pas le motif. Un second aspect de ce droit découle de son rôle complémentaire à l'égard du droit à l'assistance d'un avocat que confère l'al. 10b) de la *Charte*. Pour interpréter l'al. 10a) en tenant compte de son objet, il faut prendre en considération le double fondement de ce droit.

Au moment de déterminer s'il y a eu violation de l'al. 10a) de la *Charte*, c'est la substance de ce qu'on peut raisonnablement supposer que l'appelant a compris qui est déterminante plutôt que le formalisme des mots exacts utilisés. Ce qui a été dit à l'accusé, considéré rai-

ably in all the circumstances of the case, must be sufficient to permit him to make a reasonable decision to decline to submit to arrest or, alternatively, to undermine his right to counsel under s. 10(b).

The police indicated that they were investigating the appellant for murder shortly after he became the prime suspect in the killings and the appellant in turn seemed to recognize that the nature of the questioning had altered. The appellant therefore was given the facts relevant to determining whether he should continue to submit to the detention. Any failure to comply with s. 10(b) cannot be attributed to failure to advise the accused of the reasons why his detention and questioning was continuing.

The police did not comply with s. 10(b) at the time of the initial arrest. Although they informed the appellant of his right to counsel, they did not explain that right when he indicated that he did not understand it. A person who does not understand his or her right cannot be expected to assert it. The purpose of s. 10(b) is to require the police to communicate the right to counsel to the detainee. In most cases one can infer from the circumstances that the accused understands what he has been told. But where, as here, there is a positive indication that the accused does not understand his right to counsel, the police cannot rely on their mechanical recitation of the right to the accused; they must take steps to facilitate that understanding.

A second violation of the appellant's s. 10(b) right occurred when the police failed to reiterate the appellant's right to counsel after the nature of their investigation changed and the appellant became a suspect in the two killings. The police have a duty to advise the accused of his or her right to counsel a second time when new circumstances arise indicating that the accused is a suspect for a different, more serious crime than was the case at the time of the first warning. The accused's decision as to whether to obtain a lawyer may well be affected by the seriousness of the charge. The new circumstances may require reconsideration of an initial waiver of the right to counsel. The police in the course of an exploratory investigation, however, need

sonnablement en fonction de toutes les circonstances de l'affaire doit être suffisant pour lui permettre de prendre une décision raisonnée de refuser de se soumettre à l'arrestation ou, subsidiairement, pour porter atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b).

Les policiers ont indiqué qu'ils soumettaient l'appellant à une enquête pour meurtre peu de temps après qu'il fut devenu le suspect principal des meurtres et l'appellant, quant à lui, semble s'être rendu compte que la nature de l'interrogatoire avait changé. L'appellant a donc été mis au courant des faits susceptibles de lui permettre de décider s'il devait continuer de se soumettre à la détention. On ne peut pas dire qu'une omission d'informer l'accusé des motifs pour lesquels sa détention et son interrogatoire se poursuivaient a constitué une violation de l'al. 10b).

Les policiers n'ont pas respecté l'al. 10b) au moment initial de l'arrestation. Bien qu'ils aient informé l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat, ils ne lui ont pas expliqué ce droit quand l'appellant a mentionné qu'il ne le comprenait pas. Une personne qui ne comprend pas son droit n'est pas en mesure de l'exercer. L'objet de l'al. 10b) est d'exiger des policiers qu'ils fassent connaître à la personne détenue son droit à l'assistance d'un avocat. Dans la plupart des cas, il est possible de conclure, d'après les circonstances, que l'accusé comprend ce qui lui est dit. Mais lorsque, comme en l'espèce, il y a des signes concrets que l'accusé ne comprend pas son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ne peuvent se contenter de la récitation rituelle de la mise en garde relative à ce droit de l'accusé; ils doivent prendre des mesures pour faciliter cette compréhension.

Une deuxième violation du droit garanti à l'appelant en vertu de l'al. 10b) s'est produite quand les policiers ont omis de renouveler la mise en garde au sujet du droit à l'assistance d'un avocat après que la nature de l'enquête eut changé et que l'appellant fut devenu suspect des deux meurtres. Les policiers ont le devoir d'informer à nouveau l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat quand un changement de circonstances fait que l'accusé est soupçonné d'une infraction différente et plus grave que celle dont il était soupçonné au moment de la première mise en garde. La décision de l'accusé d'exercer ou non son droit à l'assistance d'un avocat peut bien dépendre de la gravité de l'inculpation à laquelle il est exposé. Les nouvelles circonstances peuvent exiger de l'accusé qu'il reconsidère la renonciation première à l'assistance d'un avocat. Dans le cours d'une enquête exploratoire, les policiers ne sont toutefois pas tenus de renouveler la mise en garde au sujet du droit à

not reiterate the right to counsel every time that the investigation touches on a different offence.

The reception of the appellant's statements would tend to bring the administration of justice into disrepute. Three broad categories of factors bear on a s. 24(2) determination: (a) the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial; (b) the seriousness of the *Charter* violation; and, (c) the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

The admission of appellant's statements, which were essential to his conviction, worked an unfairness against him. Using an incriminating statement, obtained from an accused in violation of his rights, generally results in unfairness because it infringes his privilege against self-incrimination and does so in a most prejudicial way — by supplying evidence which would not be otherwise available. There can be no greater unfairness to an accused than to convict him or her by use of unreliable evidence. Here the appellant's deficient mental state, combined with the circumstances in which the statements were taken, cast significant doubt on their reliability.

The violation of the accused's right to counsel was very serious. The police, despite knowledge of the appellant's deficient mental status and despite his statement to them that he did not understand his right to counsel, proceeded to subject him to a series of interviews and other investigative techniques. Moreover, they lied to him in the course of the interviews, falsely suggesting that his fingerprint had been found. The pressure the police were under to find a suspect did not justify their conducting repeated and dishonest interrogations of a weak person in violation of his *Charter* rights. The seriousness of this *Charter* violation was not mitigated by appellant's notion of his rights. This "understanding" was confined to a garbled version based on American television. The appellant had, moreover, initially asserted to the police that he did not understand what his right to counsel entailed.

The exclusion of this evidence would not bring the administration of justice into disrepute. Its admission was not required in order to avoid the disrepute that would follow the acquittal of a self-confessed killer on the basis of *Charter* infringement. Such reasoning was flawed because it rests on the questionable assumption that the confessions were reliable and true. More fundamentally, it rests on the assumption that the appellant is

l'assistance d'un avocat chaque fois que l'infraction visée par l'enquête change.

L'utilisation des déclarations de l'appelant tendrait à déconsidérer l'administration de la justice. Trois grandes catégories de facteurs déterminent la décision à prendre en vertu du par. 24(2): a) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès; b) la gravité de la violation de la *Charte* et c) l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

L'utilisation des déclarations de l'appelant, qui fournissent une preuve essentielle à sa déclaration de culpabilité, a rendu son procès inéquitable. L'utilisation d'une déclaration incriminante obtenue d'un accusé en violation de ses droits entraîne généralement une injustice parce qu'elle viole son droit de ne pas témoigner contre lui-même et qu'elle le fait de la façon la plus préjudiciable qui soit, c'est-à-dire en fournissant une preuve qui autrement n'aurait pas existé. Il ne peut y avoir de plus grande iniquité pour un accusé que de le déclarer coupable sur une preuve douteuse. En l'espèce, l'état de déficience mentale de l'appelant, en plus des circonstances dans lesquelles les aveux ont été recueillis, jette un doute important sur leur fiabilité.

La violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat est très grave. Bien qu'ils aient connu l'état de déficience mentale de l'accusé et malgré la déclaration qu'il leur a faite qu'il ne comprenait pas son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ont continué de le soumettre à plusieurs interrogatoires et à d'autres formes d'enquête. En plus, ils lui ont menti en lui laissant entendre que ses empreintes digitales avaient été trouvées. Les pressions que subissaient les policiers de trouver un suspect ne les autorisaient pas à mener des interrogatoires malhonnêtes et répétés contre une personne vulnérable, en violation des droits que lui garantissait la *Charte*. La gravité de la violation de la *Charte* n'est pas atténuée par ce que l'appelant savait de ses droits. Cette «compréhension» se limitait à des connaissances confuses apprises à la télévision américaine. De plus, l'appelant avait d'abord affirmé aux policiers qu'il ne comprenait pas ce que son droit signifiait.

L'exclusion de cette preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Son utilisation n'était pas nécessaire pour empêcher la déconsidération de l'administration de la justice qu'aurait entraîné l'acquiescement d'un meurtrier qui a avoué parce qu'il y a eu violation de la *Charte*. La faille de ce raisonnement tient à ce qu'il repose sur l'hypothèse voulant que ces aveux étaient dignes de foi et fidèles. Plus

guilty. The appellant was entitled not to be found guilty except upon a fair trial. To justify the unfairness of his trial by presuming his guilt is to stand matters on their head and violate that most fundamental of rights, the presumption of innocence. Few things could be more calculated to bring the administration of justice into disrepute than to permit the imprisonment of a man without a fair trial. As a practical matter, it cannot be said that such imprisonment would prevent further murders by the killer. Only a conviction after a fair trial based on reliable evidence could give the public that assurance.

*Per Sopinka J.:* The conclusions of McLachlin J. with respect to ss. 10(b) and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were agreed with. Section 10(a) was violated as well.

Section 10(a) requires that a person be informed of the reasons for the arrest or detention so that he or she can immediately undertake his or her defence, including a decision as to what response, if any, to make to the accusation. This information should therefore be conveyed prior to questioning and obtaining a response from the person under arrest or detention.

The initial questions put before an incriminatory response is obtained can, but did not here, disclose the true ground for an arrest. The appellant, whose mental development was equated to that of a 14-year-old, should not have been required to deduce from the content of questions that the initial explicit reason for his arrest had shifted to a far more serious ground. The arresting officers had advised him that he was in jeopardy for trafficking in narcotics and were obliged to disabuse him of this false information before seeking to elicit incriminatory evidence from him. This could only be accomplished by an equally explicit statement of the true ground for his arrest.

*Per Stevenson J.:* The police violated s. 10(b) of the *Charter* in failing to make a reasonable effort to explain to the accused his right to counsel and the appeal should be allowed solely on this ground. This was not a case in which to decide whether there is an obligation to reiterate the right to counsel when the course of the investigation takes some change.

Section 10 does not apply to police investigations or questioning in the absence of detention. The object of

fondamentalement, il repose sur l'hypothèse que l'appelant est coupable. L'appelant avait le droit de ne pas être déclaré coupable, si ce n'est à la suite d'un procès équitable. Justifier l'iniquité de son procès en présumant de sa culpabilité revient à voir les choses à l'envers et à violer le plus fondamental des droits: la présomption d'innocence. Peu de choses sont plus susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice que de permettre l'emprisonnement de quelqu'un sans un procès équitable. On ne peut non plus soutenir, d'un point de vue pratique, que cet emprisonnement empêcherait la perpétration d'autres meurtres par le meurtrier. Seule une déclaration de culpabilité à la suite d'un procès équitable, fondée sur une preuve digne de foi, peut donner cette assurance à la société.

*Le juge Sopinka:* Souscrit aux conclusions du juge McLachlin concernant l'al. 10b) et le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il y a également eu violation de l'al. 10a).

L'alinéa 10a) exige qu'une personne soit informée des motifs de son arrestation ou de sa détention pour lui permettre de commencer immédiatement sa défense et, au besoin, de décider de quelle façon répondre à l'accusation. Cette information doit donc être transmise avant l'interrogatoire et avant d'avoir obtenu une réponse de la personne arrêtée ou détenue.

Il arrive que les questions initiales, posées avant qu'une réponse incriminante ne soit donnée, dévoilent le vrai motif d'une arrestation, mais tel n'était pas le cas en l'espèce. On n'aurait pas dû s'attendre à ce que l'appelant, dont le développement mental a été comparé à celui d'un enfant de 14 ans, déduise du contenu des questions que le motif explicite qui lui avait été donné au moment de son arrestation avait changé pour un autre beaucoup plus grave. Les agents qui ont fait l'arrestation l'ont informé qu'il était arrêté pour trafic de stupéfiants et ils avaient l'obligation de le détromper à ce sujet avant de tenter d'obtenir des déclarations incriminantes de sa part, ce qu'ils ne pouvaient faire qu'en lui précisant explicitement le vrai motif de son arrestation.

*Le juge Stevenson:* Les policiers ont enfreint l'al. 10b) de la *Charte* en omettant de faire un effort raisonnable pour expliquer à l'accusé son droit à l'assistance d'un avocat et il y a lieu d'accueillir le pourvoi pour ce seul motif. Il n'y a pas lieu en l'espèce de décider s'il existe une obligation d'informer de nouveau le prévenu de son droit à l'assistance d'un avocat lorsque le cours de l'enquête change.

L'article 10 ne s'applique pas aux enquêtes ou aux interrogatoires de police s'il n'y a pas détention. Cet

the section is to provide safeguards in the circumstances of detention. On one hand, the police may be found to have detained someone on one charge with the object of questioning on another charge. On the other extreme, there can be cases in which an accused under detention fortuitously discloses information relating to other activities. These raise fact issues not dependent on the nature or seriousness of the other activities. One extreme would be readily characterized as an abuse of the detention and a violation of s. 10(a) and (b), while the other does not appear to violate the section.

McLachlin J.'s analysis and application of s. 24 of the *Charter* was agreed with.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Referred to:** *R. v. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Nelson* (1982), 32 C.R. (3d) 256; *R. v. Broyles* (1987), 82 A.R. 238; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

By Sopinka J.

**Referred to:** *Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573.

By Stevenson J.

**Distinguished:** *R. v. Broyles* (1987), 82 A.R. 238; **referred to:** *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 10(a), (b), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 218.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 45 C.C.C. (3d) 523, dismissing an appeal from conviction by Callaghan J. sitting with jury. Appeal allowed.

*Glen Orris, Q.C.*, for the appellant.

*John E. Hall, Q.C.*, for the respondent.

article vise à fournir des garanties en cas de détention. D'une part, des policiers pourraient détenir quelqu'un sous un chef d'accusation dans le but de l'interroger à propos d'une autre inculpation. D'autre part, à l'opposé, il peut survenir des cas où un accusé sous garde révèle fortuitement des renseignements ayant trait à d'autres actes. Ces cas soulèvent des questions de fait qui ne dépendent pas de la nature ou de la gravité des autres actes. Une de ces situations apparaît nettement comme un abus de la détention et une violation des al. 10(a) et (b), alors que l'autre ne semble pas violer cet article.

Le juge Stevenson souscrit à l'analyse du juge McLachlin et à l'application qu'elle fait de l'art. 24 de la *Charte*.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *R. v. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Nelson* (1982), 32 C.R. (3d) 256; *R. v. Broyles* (1987), 82 A.R. 238; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt mentionné:** *Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573.

Citée par le juge Stevenson

**Distinction d'avec l'arrêt:** *R. v. Broyles* (1987), 82 A.R. 238; **arrêt mentionné:** *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 10(a), (b), 24(2).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 218.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 45 C.C.C. (3d) 523, qui a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'appelant par le juge Callaghan et un jury. Pourvoi accueilli.

*Glen Orris, c.r.*, pour l'appelant.

*John E. Hall, c.r.*, pour l'intimée.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I agree with the conclusion reached by Justice McLachlin with respect to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the admission of the statements would bring the administration of justice into disrepute. I also agree with her disposition of the appeal. As was Southin J.A., however, I am of the opinion that s. 10(a) was violated as well.

Section 10(a) and (b) set out very fundamental rights of a person arrested or detained. The instructions to the authorities which they contain are relatively simple. In each case, the detainee is to be “informed”. In the case of s. 10(a), the right is to be informed of the reasons for the arrest or detention. The right to be informed of the true grounds for the arrest or detention is firmly rooted in the common law which required that the detainee be informed in sufficient detail that he or she “knows in substance the reason why it is claimed that this restraint should be imposed” (*Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573, at pp. 587-88). When an arrest is made pursuant to a warrant, this is set out in writing in the warrant. An arrest without warrant is only lawful if the type of information which would have been contained in the warrant is conveyed orally. The purpose of communicating this information to the accused in either case is, *inter alia*, to enable the person under arrest or detention to immediately undertake his or her defence, including a decision as to what response, if any, to make to the accusation. It seems axiomatic, therefore, that this information should be conveyed prior to questioning and obtaining a response from the person under arrest or detention. These basic and important values are included in s. 10(a) of the *Charter*.

In this case, the arresting officers were forewarned that they were dealing with a person of subnormal intelligence. In these circumstances, it was incumbent on them to be scrupulous in ensuring that his rights were respected. Instead, they concocted a ground for the arrest in order to question him about the involvement of his brother in the murders. In my opinion, having explicitly advised the appellant that he was in jeopardy for trafficking in narcotics, the arresting

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Je souscris à la conclusion du juge McLachlin concernant l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à sa conclusion selon laquelle l'admission des déclarations serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je suis également du même avis qu'elle sur la façon de disposer du pourvoi. Tout comme le juge Southin de la Cour d'appel, je suis toutefois d'avis qu'il y a également eu violation de l'al. 10a).

Les alinéas 10a) et b) énoncent des droits fondamentaux garantis à une personne arrêtée ou détenue. Les directives aux autorités qu'ils comportent sont relativement simples. Dans chaque cas, la personne détenue a le droit d'être «informée». Pour ce qui est de l'al. 10a), l'information porte sur les motifs de l'arrestation ou de la détention. Le droit d'être informé des motifs réels de l'arrestation et de la détention est fermement ancré dans la common law qui exige que suffisamment de détails soient donnés au détenu pour qu'il [TRADUCTION] «connaisse l'essentiel du motif que l'on fait valoir pour imposer sa détention» (*Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573, aux pp. 587 et 588). En cas d'arrestation faite conformément à un mandat, les informations sont énoncées dans le mandat. Une arrestation sans mandat n'est légale que si l'information qui aurait figuré dans le mandat est transmise verbalement. L'information doit être communiquée à l'accusé dans chaque cas, notamment pour permettre à la personne arrêtée ou détenue de commencer immédiatement sa défense et, au besoin, de décider de quelle façon répondre à l'accusation. Il semble donc évident que cette information doit être transmise avant l'interrogatoire et avant d'avoir obtenu une réponse de la personne arrêtée ou détenue. Ces valeurs fondamentales et importantes figurent à l'al. 10a) de la *Charte*.

En l'espèce, les agents qui ont fait l'arrestation avaient été avertis qu'ils avaient affaire à un déficient mental léger. Ils avaient donc le devoir de s'assurer scrupuleusement que ses droits étaient respectés. Au lieu de cela, ils ont fabriqué un motif d'arrestation afin de l'interroger au sujet de la participation de son frère dans les meurtres. À mon avis, après avoir explicitement informé l'appelant qu'il était arrêté pour trafic de stupéfiants, les agents avaient l'obliga-

officers were obliged to disabuse him of this false information before seeking to elicit incriminatory evidence from him. This could only be accomplished by an equally explicit statement of the true ground for his arrest.

While in some circumstances the initial questions, which are put before an incriminatory response is obtained, may disclose the true ground for an arrest, in my opinion this is not such a case. The appellant, whose mental development was equated to that of a 14-year-old, should not have been required to deduce from the content of questions that the initial explicit reason for his arrest had shifted to a far more serious ground.

I have agreed that the statements referred to in the reasons of *McLachlin J.* should be excluded by reason of the violation of s. 10(b). The violation of s. 10(a) gives added support to the reasons for such exclusion.

The judgment of Gonthier, Cory and *McLachlin JJ.* was delivered by

MCLACHLIN J.—

### Introduction

The appellant Evans, a youth of subnormal mental capacity, was convicted of first degree murder in the brutal killings of two women. Initially, the police thought his brother had committed the murders, and arrested the appellant on a marijuana charge in the hope that he would be able to provide evidence against his brother. The police informed Evans of his right to counsel, but when asked if he understood his rights he replied: "No". During the course of the interrogation that followed, Evans became the prime suspect in the two murders. The police did not formally advise the appellant that he was then being detained for murder, nor did they reiterate his right to counsel. Eventually incriminating statements were obtained from the appellant. These statements formed virtually the entire basis of his conviction for the two murders.

tion de le détromper à ce sujet avant de tenter d'obtenir des déclarations incriminantes de sa part, ce qu'ils ne pouvaient faire qu'en lui précisant explicitement le vrai motif de son arrestation.

Il arrive dans certains cas que les questions initiales, posées avant qu'une réponse incriminante ne soit donnée, dévoilent le vrai motif d'une arrestation, mais, à mon avis, tel n'était pas le cas en l'espèce. On n'aurait pas dû s'attendre à ce que l'appellant, dont le développement mental a été comparé à celui d'un enfant de 14 ans, déduise du contenu des questions que le motif explicite qui lui avait été donné au moment de son arrestation avait changé pour un autre beaucoup plus grave.

J'ai souscrit à la conclusion selon laquelle les déclarations dont fait mention le juge *McLachlin* dans ses motifs devraient être écartées en raison de la violation de l'al. 10b). Les motifs de cette exclusion sont renforcés par la violation de l'al. 10a).

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory et *McLachlin* rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—

### Introduction

L'appellant Evans, un jeune déficient mental léger, a été déclaré coupable de meurtre au premier degré pour l'assassinat brutal de deux femmes. Au début, les policiers, croyant que son frère avait commis les meurtres, ont arrêté l'appellant sur une inculpation relative à de la marijuana dans l'espoir qu'il leur fournirait des éléments de preuve contre son frère. Les policiers ont informé Evans de son droit à l'assistance d'un avocat, mais quand on lui a demandé s'il comprenait son droit, il a répondu que non. Pendant l'interrogatoire qui a suivi, Evans est devenu le suspect principal des deux meurtres. Les policiers n'ont pas formellement informé l'appellant qu'il était en état d'arrestation pour meurtre et n'ont pas répété l'avis au sujet de son droit à l'assistance d'un avocat. L'appellant a fini par faire des déclarations incriminantes. Ces déclarations constituent la presque totalité des preuves justifiant sa déclaration de culpabilité pour les deux meurtres.

The appellant appeals his conviction to this Court both as of right and by leave. He argues, *inter alia*, that his rights under ss. 7, 10(a) and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated and that the resultant confessions should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

I have concluded that the appeal should be allowed on the basis that the statements were obtained in violation of the appellant's right to counsel, as guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, and that the repute of the administration of justice requires their exclusion under s. 24(2) of the *Charter*.

### Facts

The appellant was convicted by a jury of first degree murder contrary to s. 218 (now s. 235) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, in relation to the deaths of Lavonne Cheryl Willems and Beverley Mary-Anne Seto. The British Columbia Court of Appeal (Hutcheon J.A. dissenting) dismissed an appeal from that verdict.

The body of Ms. Willems was discovered on November 24, 1984 in a home in Matsqui. She had been in the home alone, house sitting while the residents were away on vacation. In addition to having received some minor bruises, her body had been stabbed 25 times. Some months later on March 31, 1985, the body of Ms. Seto was discovered in the bedroom of a newly constructed house in Abbotsford. Ms. Seto was a real estate agent and had been conducting an open house at the home. She, too, died as a result of multiple stab wounds as well as a severe cutting wound to the front of the neck.

The appellant Evans was born on July 7, 1964. At the age of 9 he was hit by a truck at a cross-walk and suffered brain injuries. Two years later as a result of an accident with a cigarette lighter he suffered extensive third degree burns to the upper part of his body. He has undergone numerous skin grafts to his torso in order to repair the burn damage and remains heavily scarred. He has attained a grade 5 or 6

L'appelant se pourvoit devant notre Cour contre sa déclaration de culpabilité de plein droit et sur autorisation. Il soutient, entre autres, que les droits que lui garantissent l'art. 7 et les al. 10a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés et que les aveux qui en ont résulté auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Je pense qu'il faut accueillir le pourvoi parce que les déclarations ont été obtenues en violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte* et que la considération dont doit jouir l'administration de la justice exige qu'elles soient écartées conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

### Les faits

Un jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré commis contrairement à l'art. 218 (maintenant l'art. 235) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, relativement à la mort de Lavonne Cheryl Willems et Beverley Mary-Anne Seto. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge Hutcheon étant dissident) a rejeté l'appel de ce verdict.

Le corps de M<sup>me</sup> Willems a été découvert le 24 novembre 1984, dans une maison de Matsqui. Elle était seule dans la maison, dont elle assurait la garde pendant que ses occupants étaient en vacances. En plus d'avoir subi quelques contusions mineures, elle avait été poignardée à 25 reprises. Quelques mois plus tard, le 31 mars 1985, le corps de M<sup>me</sup> Seto a été découvert dans la chambre à coucher d'une maison neuve à Abbotsford. Madame Seto était agent d'immeubles et elle se trouvait dans cette maison pour une journée de visites libres. Elle aussi avait été poignardée à plusieurs reprises en plus d'avoir une entaille importante à l'avant du cou.

L'appelant Evans est né le 7 juillet 1964. À l'âge de neuf ans, il a été heurté par un camion à une intersection et a souffert de dommages au cerveau. Deux ans plus tard, à la suite d'un accident causé par un briquet, il a subi des brûlures au troisième degré à une grande partie de la moitié supérieure du corps. On lui a fait de nombreuses greffes de la peau et il en porte encore beaucoup de cicatrices. Il a atteint



equivalency in education and spent many years in rehabilitation for "the brain-injured victim" to improve his coordination, speech and living skills. A psychiatrist and a psychologist, who examined him after he was charged, concluded that he has an IQ between 60 and 80 (borderline retardation) and functions at an emotional level of a 14-year-old.

The appellant was arrested on August 1, 1985 along with his older brother, Ron Evans. At the time, Ron Evans was the principal suspect in the murders of Ms. Willems and Ms. Seto. The appellant was ostensibly brought in on a charge of trafficking in narcotics (the police, in the course of their investigation of Ron Evans, had obtained some wiretap evidence indicating that the appellant may have been involved in the sale of a small amount of marijuana), but the police acknowledge that a collateral purpose in arresting the appellant was to try to obtain evidence against Ron Evans, with whom the appellant lived, in relation to the murders of Ms. Willems and Ms. Seto. Some time during the course of the police's first interview with the appellant, police suspicion turned to the appellant and he became the prime suspect in the murders of Ms. Willems and Ms. Seto.

Prior to arresting the appellant, the arresting officers, Detectives Brian Metzger and John Spring, had been informed of the appellant's mental deficiency and were cautioned to make sure that the appellant understood the warnings given to him. The arrest took place at 9:52 a.m., shortly after the appellant's brother, Ron Evans, had been arrested and taken from the house. Detective Metzger informed the appellant that: "I am arresting you for trafficking in narcotics". He then gave the appellant the *Charter* warning and the standard police warning in the following terms: "It is my duty to inform you that you have the right to retain and instruct counsel without delay. You are not obliged to say anything but anything you do say may be given in evidence. Do you understand?". To the question: "Do you understand?", the appellant replied: "No". Detective Metzger then instructed the appellant that, "You have to come down to the police office with us now

l'équivalent d'une cinquième ou d'une sixième année scolaire et il a passé de nombreuses années en rééducation «pour les victimes de traumatismes cérébraux» afin d'améliorer la coordination de ses mouvements, son élocution et sa capacité d'autonomie. Un psychiatre et un psychologue, qui l'ont examiné après son inculpation, ont conclu qu'il avait entre 60 et 80 de quotient intellectuel (à la limite de l'arriération mentale) et qu'il avait le comportement émotif d'un enfant de 14 ans.

L'appellant a été arrêté le 1<sup>er</sup> août 1985, en même temps que son frère aîné, Ron Evans. À ce moment-là, Ron Evans était le suspect principal des meurtres de M<sup>mes</sup> Willems et Seto. L'appellant a été arrêté, officiellement, sous une inculpation de trafic de stupéfiants (au cours de leur enquête au sujet de Ron Evans, les policiers avaient intercepté des conversations téléphoniques indiquant que l'appellant pouvait avoir été mêlé à la vente d'une petite quantité de marijuana), mais les policiers ont admis que l'avantage indirect recherché par l'arrestation de l'appellant était d'obtenir des éléments de preuve contre Ron Evans, avec qui l'appellant habitait, relativement aux meurtres de M<sup>mes</sup> Willems et Seto. Pendant le premier interrogatoire de l'appellant par les policiers, les soupçons se sont portés sur l'appellant, qui est devenu le suspect principal de ces meurtres.

Avant de procéder à son arrestation, les inspecteurs Brian Metzger et John Spring avaient été informés de l'état de déficience mentale de l'appellant et ils avaient été avertis de s'assurer qu'il comprendrait bien la mise en garde qui lui serait faite. L'arrestation a eu lieu à 9 h 52 du matin, peu après que le frère de l'appellant, Ron Evans, eut été arrêté et amené hors de la maison. L'inspecteur Metzger a dit à l'appellant: [TRADUCTION] «Je vous arrête pour trafic de stupéfiants». Il a alors fait la mise en garde selon la *Charte* et celle en usage dans la police dans les termes suivants: [TRADUCTION] «Il est de mon devoir de vous informer que vous avez le droit à l'assistance d'un avocat sans délai. Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz pourra servir de preuve. Comprenez-vous?». À cette question, l'appellant a répondu «Non». L'inspecteur Metzger lui a alors dit: [TRADUCTION] «Vous devez venir au poste de police avec nous au sujet d'un trafic de stupé-

for trafficking in narcotics”. No attempt was made to explain the *Charter* or police warning to the appellant.

While the appellant was in custody, the following events occurred: Detectives Metzger and Spring interviewed the appellant on three occasions; an undercover officer was placed in the same cell as the appellant (the “cell plant interviews”); the detectives took the appellant to the scenes of the crimes (the “show and tell expedition”); a police physician interviewed the appellant; and a telephone conversation between the appellant and his oldest brother, Tim Evans, was recorded.

At the commencement of the first interview (10:59 a.m.—12:11 p.m.), the following exchange took place:

JS: Okay Wesley, you understand why you’re here, eh?

WE: Yes sir, I do.

JS: I think that to explain the prior, that um . . . you are not obliged to say anything unless you wish to do so, but anything you do say, may be given in evidence. And ah . . . I’ll also add, we’d like to cancel the delay which was explained to you earlier. You’re on a charge of trafficking in soft drugs . . . . .

WE: . . . . . Yes sir.

JS: . . . . . and ah . . . it’s um . . . marijuana. Do you know what marijuana is?

WE: Yes sir, I do.

JS: And ah . . . you’ve heard the allegations and anything you’d like to say to us with regards to the allegations being made to you.

WE: No sir. [Emphasis added.]

The emphasized portion was the subject of a dispute at trial. Detective Metzger testified on the *voir dire* at trial that the sentence should read: “I’d like to say you have the right to counsel without delay which was explained to you earlier”. However, Crown counsel, Mr. Gillen, stated that he didn’t “come close

fiants». On n’a pas tenté d’expliquer à l’appelant la mise en garde en vertu de la *Charte* ou la mise en garde de la police.

Pendant que l’appelant était sous garde, les événements suivants se sont déroulés: les inspecteurs Metzger et Spring ont interrogé l’appelant à trois reprises; un agent banalisé a été mis dans la même cellule que l’appelant (les «interrogatoires déguisés»); les inspecteurs ont amené l’appelant sur les scènes des crimes (la «visite des lieux»); un médecin de la police a interrogé l’appelant et une conversation téléphonique qu’il a eue avec son frère aîné Tim Evans a été enregistrée.

Au début du premier interrogatoire (qui a duré de 10 h 59 à 12 h 11), l’échange suivant a eu lieu:

<sup>d</sup> [TRADUCTION]

JS: Bon, Wesley, comprends-tu pourquoi t’es ici?

<sup>e</sup> WE: Oui monsieur, je comprends.

JS: Je crois que pour expliquer ce qui a précédé, hum . . . tu n’es pas obligé de dire quoi que ce soit à moins que tu consentes à le faire, mais tout ce que tu diras pourra servir de preuve. Ah, puis, . . . j’ajouterai, nous voudrions annuler le délai qu’on t’a expliqué plus tôt (I’ll also add, we’d like to cancel the delay which was explained to you earlier). Tu es accusé de trafic d’une drogue douce . . .

<sup>g</sup> WE: . . . Oui, monsieur.

JS: . . . et puis, hum . . . c’est de la marijuana. Sais-tu ce que c’est de la marijuana?

<sup>h</sup> WE: Oui monsieur, je le sais.

JS: Et puis, ah . . . tu as entendu les allégations et tout ce que tu voudras nous dire au sujet des allégations faites contre toi.

<sup>i</sup> WE: Non, monsieur. [Je souligne.]

La partie soulignée a fait l’objet d’une controverse au procès. L’inspecteur Metzger a témoigné au cours du *voir-dire* au procès que la phrase devrait se lire «*I’d like to say you have the right to counsel without delay which was explained to you earlier*» ([TRADUCTION] «J’aimerais dire que tu as le droit à l’assistance

to" sharing Detective Metzgner's interpretation of the sentence and stated that in his view the sentence was correctly transcribed. The trial judge, after listening to the tape himself, ultimately accepted Detective Metzgner's version.

During this first interview, the appellant admitted to involvement in a plan to sell marijuana to a girl known to him. Toward the end of the interview the police's focus began to shift, as the following excerpt demonstrates:

WE: Are you saying that I killed that lady?

BM: Did you Wes?

WE: Nuts . . . . no.

BM: Do you know who did?

WE: No. I don't know. I don't even know why I'm here.

JS: Well, we already explained to you about that earlier on when you were here.

WE: Yeah but . . . . .

JS: . . . . . This is quite a serious offence (we're talking about).

WE: (Why me)?

JS: (LONG PAUSE) To traffic marijuana, that was originally why we're here. But now that things have taken quite a change.

WE: Yeah but . . . . why are you asking me this? I never killed no one . . . . I don't know who did. It's none of my business.

The second interview (1:32 p.m.—2:27 p.m.) began with Detective Metzgner informing the appellant that he was not compelled to say anything. Referring to a search of the appellant's residence that had occurred between the first and the second inter-

d'un avocat sans délai, comme on te l'a expliqué plus tôt»). Cependant, le substitut du procureur général, M<sup>e</sup> Gillen, a soutenu qu'il [TRADUCTION] «n'entendait pas du tout» la phrase comme l'inspecteur Metzgner l'interprétait et que, selon lui, la phrase avait été correctement transcrite. Après avoir lui-même écouté l'enregistrement, le juge du procès a finalement accepté la version de l'inspecteur Metzgner.

Pendant le premier interrogatoire, l'appelant a reconnu avoir été mêlé à un projet de vendre de la marijuana à une fille qu'il connaissait. Vers la fin de l'interrogatoire, l'attention des policiers a commencé de porter sur autre chose, comme le laisse voir l'extrait qui suit:

[TRADUCTION]

WE: Êtes-vous en train de dire que j'ai tué cette femme?

BM: L'as-tu fait, Wes?

WE: Cinglés . . . . non.

BM: Sais-tu qui l'a fait?

WE: Non je ne le sais pas. Je ne sais même pas pourquoi je suis ici.

JS: Bien, on te l'a déjà dit pourquoi plus tôt, quand tu es venu ici.

WE: Oui mais . . . . .

JS: . . . . . C'est un crime assez grave (dont on parle maintenant).

WE: (Pourquoi moi)?

JS: (LONGUE PAUSE) Pour trafic de marijuana, au début, c'était ce pourquoi nous sommes ici. Mais maintenant les choses ont beaucoup changé.

WE: Ouais mais . . . . pourquoi est-ce que vous me posez ces questions? Je n'ai jamais tué personne . . . . je ne sais pas qui l'a fait. Ce n'est pas de mes affaires.

Le deuxième interrogatoire (de 13 h 32 à 14 h 27) a commencé par l'avertissement donné par l'inspecteur Metzgner à l'appelant qu'il n'était pas obligé de dire quoi que ce soit. Mentionnant une perquisition de l'habitation de l'appelant qui avait eu lieu entre le

views, Detective Spring also stated the following at the outset of the second interview:

JS: And we've come up with a few little things which ah . . . . I feel are um . . . . important in this case and that um . . . . ah . . . . they also um . . . . point to . . . . towards you as possibly being the person who committed that crime that night that we were discussing.

During the interview, the following exchange also took place:

BM: (LONG PAUSE) Why . . . . can you not explain, or can you give us an explanation as to why your fingerprint would be found inside the house?

WE: (LONG PAUSE) I can't give you an explanation.

BM: No?

WE: Although, all's I can say is I wasn't inside that house. (LONG PAUSE) You said tell the truth right? I'm tellin' the truth.

In suggesting that the appellant's fingerprints were found in the home where Ms. Seto was killed, Detective Metzgnier lied to the appellant; none of the fingerprints found matched those of the appellant. Nevertheless, by the end of the second interview the appellant had confessed to the killing of Ms. Seto.

By the end of the third interview (3:14 p.m.—4:02 p.m.) the appellant had also confessed to the killing of Ms. Willems. With the possible exception of the disputed passage at the commencement of the first interview, at no time during the three interviews was the appellant informed of his right to counsel.

After the interviews, the appellant was placed in a cell where his conversations with an undercover police officer in the cell next to his were recorded. The appellant had two conversations with the undercover officer, Constable Lee Ryan. The first took place between 4:20 p.m. and 5:25 p.m., while the sec-

premier et le deuxième interrogatoire, l'inspecteur Spring a aussi dit ceci au début de ce deuxième interrogatoire:

*a* [TRADUCTION]

JS: Puis, nous avons trouvé quelques petites choses que ah . . . . je crois hum . . . . importantes dans ce cas-ci et qui hum . . . . ah . . . . peuvent aussi hum . . . . indiquer que . . . . que c'est peut-être toi qui a commis le crime la nuit dont on a parlé.

*b*

Pendant l'interrogatoire, la conversation suivante a eu lieu:

*c* [TRADUCTION]

BM: (LONGUE PAUSE) Pourquoi . . . . ne peux-tu pas expliquer ou peux-tu nous dire pourquoi on aurait trouvé tes empreintes digitales dans la maison?

*d*

WE: (LONGUE PAUSE) Je ne peux pas vous donner d'explication.

BM: Non?

*e*

WE: Bon, tout ce que je peux dire, c'est que je ne suis pas allé à l'intérieur de cette maison. (LONGUE PAUSE) Vous avez dit de dire la vérité, hein? Alors, je dis la vérité.

*f*

En disant qu'on avait trouvé les empreintes digitales de l'appellant dans la maison où M<sup>me</sup> Seto avait été assassinée, l'inspecteur Metzgnier mentait à l'appellant; aucunes des empreintes digitales trouvées ne correspondaient à celles de l'appellant. Néanmoins, à la fin du deuxième interrogatoire, l'appellant avait avoué le meurtre de M<sup>me</sup> Seto.

*g*

À la fin du troisième interrogatoire (qui a duré de 15 h 14 à 16 h 02), l'appellant avait aussi reconnu avoir assassiné M<sup>me</sup> Willems. Sauf peut-être l'exception du passage contesté du début du premier interrogatoire, l'appellant n'a jamais été, au cours de ces trois interrogatoires, avisé de son droit à l'assistance d'un avocat.

*i*

Après les interrogatoires, l'appellant a été placé dans une cellule et ses conversations avec un agent de police banalisé dans la cellule voisine ont été enregistrées. L'appellant a eu deux entretiens avec cet agent banalisé, l'agent Lee Ryan. Le premier a eu lieu entre 16 h 20 et 17 h 25 et le second a duré de 19 h 30 à

*j*

ond lasted from 7:30 p.m. to 8:32 p.m. During these conversations, the following exchanges took place:

LR: You confessed?

WE: Yeah.

LR: Did you do it?

WE: No.

LR: Well why did you confess.

WE: Well they, they wouldn't give me a rest until I confessed.

LR: Oh.

WE: So what else, what else was I gonna do . . . .

. . . .

WE: I wonder if they'd give me a chance and let me talk to a lawyer? I hope so. Cause with a lawyer maybe things could go a little better with me, or for me I should say.

. . . .

WE: You know it's funny, I don't remember killing them.

LR: No?

WE: Um-um.

LR: Yeah that is funny.

WE: Yeah. Usually I won't forget somein [*sic*] like that.

Prior to the third exchange reproduced above, the appellant had told the undercover officer that he had killed Ms. Willems and Ms. Seto.

Between the two conversations with the undercover officer, Detectives Metzgnier and Spring took the appellant to the scenes of the two killings. No evidence was found on this "show and tell expedition", but at one point the appellant did tell the detectives that: "I was going to kill again but I didn't have anyone picked out though".

At approximately 8:30 p.m. that evening the appellant was taken from his cell and asked to provide a

20 h 32. Au cours de ces entretiens, les échanges suivants ont eu lieu:

[TRADUCTION]

<sup>a</sup> LR: T'as avoué?

WE: Ouais.

LR: L'as-tu fait?

<sup>b</sup> WE: Non.

LR: Pourquoi as-tu avoué?

WE: Parce qu'ils ne m'auraient pas laissé tranquille tant que je n'aurais pas avoué.

<sup>c</sup> LR: Ah!

WE: Alors qu'est-ce que je pouvais faire d'autre . . .

. . . .

<sup>d</sup> WE: Je me demande s'ils me donneraient une chance d'appeler un avocat? Je l'espère. Parce qu'avec un avocat, les choses pourraient peut-être aller un peu mieux, un peu mieux pour moi, je veux dire.

<sup>e</sup>

. . . .

WE: Tu sais, c'est étrange, je ne me rappelle pas les avoir tuées.

<sup>f</sup> LR: Non?

WE: Hum.

LR: Ouais, c'est étrange.

<sup>g</sup> WE: Ouais. Ordinairement je n'oublie pas des choses comme celles-là.

Avant le troisième échange rapporté ci-dessus, l'appellant avait dit à l'agent banalisé qu'il avait tué M<sup>mes</sup> Willems et Seto.

<sup>h</sup>

Entre les deux entretiens qu'il a eus avec l'agent banalisé, les inspecteurs Metzgnier et Spring avaient amené l'appellant sur la scène des deux assassinats. Cette «visite des lieux» n'a permis de découvrir aucun élément de preuve, mais à un moment donné l'appellant a dit aux inspecteurs: [TRADUCTION] «J'étais pour tuer quelqu'un d'autre, mais je n'avais encore choisi personne».

<sup>i</sup>

<sup>j</sup> Vers 20 h 30, le même soir, l'appellant a été amené de sa cellule et invité à faire une déclaration écrite.

written statement. Prior to the writing of the statement the appellant was asked if he wanted to speak to a lawyer. He stated that he did. He was directed to a telephone and provided with a phone book but returned a minute later stating that he was unable to reach a lawyer; he had been advised on the telephone that his lawyer was on vacation and could not be reached at that time. Detective Metzger then told the appellant that he could either contact his lawyer later or continue with the written statement. The appellant stated that he would proceed with the written statement. During the next hour the appellant then wrote a two-paragraph statement in which he confessed to the two killings.

Later that evening, the appellant was introduced to Dr. Swanney, a general practitioner who had come to take hair and blood samples from him. During this interview, the appellant told Dr. Swanney that he had killed the two women because of his frustration with women in general. This, incidentally, is consistent with a suggestion put to the appellant by Detectives Metzger and Spring during their interrogation of him. The appellant also informed Dr. Swanney that he expected to receive 25 years in jail for the crimes.

The following morning, the appellant spoke with his brother, Tim Evans, on the telephone. The conversation was recorded, and the following exchanges occurred:

TE: Your rights? Do you know what your rights are?

WE: Yeah, the right to remain silent, I know.

TE: Well tell me. Let, let me hear it. Wha-, what kinda rights do you have?

WE: I have the right to remain silent, if I give up the right to remain silent, anything I can and say will be used against me in a court of law. I have a right to speak with an attorney, or to have an attorney present during questioning.

TE: Yeah?

WE: I know that.

Avant de rédiger cette déclaration on lui a demandé s'il voulait consulter un avocat. Il a répondu que oui. On lui a indiqué où était le téléphone et on lui a fourni un annuaire, mais l'appelant est revenu une minute plus tard disant qu'il ne pouvait rejoindre un avocat, qu'il avait appris au téléphone que son avocat était en vacances et qu'on ne pouvait le rejoindre à ce moment-là. L'inspecteur Metzger a alors dit à l'appelant qu'il pouvait soit entrer en communication avec son avocat plus tard soit faire la déclaration écrite tout de suite. L'appelant a dit qu'il ferait la déclaration écrite tout de suite. Pendant l'heure qui a suivi, l'appelant a rédigé une déclaration de deux paragraphes dans laquelle il avouait les deux meurtres.

Plus tard dans la soirée, l'appelant a été présenté au Dr Swanney, un médecin de médecine générale, venu prélever des cheveux et des échantillons de sang sur l'appelant. Pendant l'entretien, l'appelant a dit au médecin qu'il avait tué les deux femmes par frustration à l'égard des femmes en général. En passant, ceci est conforme à une suggestion faite par les inspecteurs Metzger et Spring pendant leur interrogatoire de l'appelant. Ce dernier a aussi dit au Dr Swanney qu'il s'attendait à être condamné à 25 ans d'emprisonnement pour ces crimes.

Le lendemain matin, l'appelant a parlé à son frère, Tim Evans, au téléphone. La conversation a été enregistrée et on y trouve l'échange suivant:

[TRADUCTION]

TE: Tes droits? Connais-tu tes droits?

WE: Ouais, le droit de garder le silence, je sais.

TE: Bien, dis-les moi. Dis-les moi. Quels, quelle sorte de droits as-tu?

WE: J'ai le droit de garder le silence, si je renonce au droit de garder le silence, tout ce que je peux dire sera utilisé contre moi dans une cour de justice. J'ai le droit de consulter un avocat, ou d'avoir un avocat présent pendant les interrogatoires.

TE: Ouais?

WE: Je le sais.

TE: How many times did they say that to ya? How many times? Once?

WE: More than once, a couple.

TE: Yeah?

WE: They didn't ask me if I wanted a lawyer until just before I filled out the ass- the assessment, or statement I mean.

TE: Did you know that you had, you were entitled to a lawyer or?

WE: Oh yeah, I know, I watch T.V. man, I know what's goin' on.

. . .

TE: Are you guilty?

WE: No.

#### Judgments

At trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the oral and written statements made by the appellant while in custody. The appellant argued the statements were not freely and voluntarily made and had been obtained in violation of ss. 10(a) and (b) of the *Charter* and ought to be excluded from evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Callaghan J. rejected these arguments and held that the statements were admissible. In his view, the statements were voluntary, and the appellant's rights under the *Charter* had not been violated. At the time of his arrest, he had been properly advised of the reasons for his arrest and his right to counsel. Moreover, he had offered his knowledge of these rights in the telephone conversation with his brother.

Finally, even if there had been a breach of the *Charter*, Callaghan J. was of the view that admission of the evidence in these circumstances would not bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*, since the officers had acted in good faith.

The majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal. Southin J.A. wrote the principal judgment of the Court of Appeal. She

TE: Combien de fois est-ce qu'ils t'ont dit cela? Combien de fois? Une fois?

WE: Plus qu'une fois, quelques fois.

a TE: Ouais?

WE: Ils ne m'ont pas demandé si je voulais avoir un avocat jusqu'au moment de remplir la demande, la déclaration, je veux dire.

b TE: Savais-tu que tu avais, tu avais droit à un avocat ou?

WE: Oh oui!, je sais, je regarde la télévision moi, je sais comment ça fonctionne.

c

. . .

TE: Es-tu coupable?

WE: Non.

d

#### Les décisions

Au procès, il y a eu *voir-dire* pour établir la recevabilité des déclarations orales et écrites faites par l'appelant alors qu'il était sous garde. L'appelant a soutenu que les déclarations n'avaient pas été faites librement et volontairement, qu'elles avaient été obtenues en violation des al. 10a) et b) de la *Charte* et qu'elles devaient être écartées de la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Callaghan a rejeté ces arguments et il a conclu que les déclarations étaient recevables. Selon lui, les déclarations avaient été faites volontairement et il n'y avait pas eu violation des droits de l'appelant garantis par la *Charte*. Lors de son arrestation, l'accusé avait été correctement avisé du motif de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat. De plus, il avait démontré qu'il connaissait ses droits dans la conversation téléphonique qu'il a eue avec son frère.

Enfin, même s'il y avait eu une violation de la *Charte*, le juge Callaghan a estimé qu'admettre la preuve dans ces circonstances ne déconsidérerait pas l'administration de la justice, selon le par. 24(2) de la *Charte*, puisque les agents de police avaient agi de bonne foi.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel à la majorité. Le juge Southin a rédigé les motifs de la majorité. Elle aussi était d'avis que

agreed that the statements were voluntary. While she concluded there had been a breach of s. 10(a) of the *Charter* by reason of the failure of the police to advise Evans at the critical juncture that he was under arrest for murder, she found no breach of his s. 10(b) right to be advised of his right to counsel. On the assumption, however, that both ss. 10(a) and 10(b) had been breached, Southin J. concluded that the evidence should be admitted under s. 24(2) since nothing could bring the administration of justice into greater disrepute than freeing a confessed murderer to kill again, notwithstanding a violation of the *Charter*.

Craig J.A. agreed that the appeal should be dismissed and added comments with respect to the voluntariness of statements made by the appellant and the *Charter* issues. He was of the view there had been no breach of s. 10(b) and was doubtful whether s. 10(a) had been violated. Even if there had been a breach of s. 10(a) by virtue of the failure of the police to inform the appellant during the second interview that he was being detained as a suspect in the killings of the two women, Craig J.A. would not have excluded the evidence under s. 24(2), in view of the seriousness of the charges and Evans' statement on the "show and tell" expedition that he would have killed again.

Hutcheon J.A. dissented. He held that the appellant's s. 10(b) right had been infringed and that the four statements made by the appellant on the day of his arrest ought to have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*, in view of the serious and deceptive nature of the police violations of the *Charter* and the suspected reliability of the statements, given Evans' immaturity and defective mental capacity.

### Relevant Legislation

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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.

les déclarations avaient été faites volontairement. Même si elle a conclu qu'il y avait eu violation de l'al. 10(a) de la *Charte* à cause de l'omission des policiers d'informer Evans, au moment critique, qu'il était en état d'arrestation pour meurtre, elle a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de son droit garanti par l'al. 10(b) d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Dans l'hypothèse cependant, où il y aurait eu violation de l'al. 10(a) et de l'al. 10(b), le juge Southin a conclu que la preuve était recevable en vertu du par. 24(2), malgré la violation de la *Charte*, puisque rien n'était plus susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que de laisser en liberté un meurtrier, qui a avoué, pour qu'il commette d'autres meurtres.

Le juge Craig a souscrit au rejet de l'appel et il a ajouté des observations sur le caractère volontaire des déclarations faites par l'appellant et sur les questions relatives à la *Charte*. Il a estimé qu'il n'y a pas eu de violation de l'al. 10(b), et avait des doutes quant à l'al. 10(a). Même s'il y avait eu violation de l'al. 10(a) à cause de l'omission des policiers d'informer l'appellant, pendant le deuxième interrogatoire, qu'il était en état d'arrestation à titre de suspect du meurtre des deux femmes, le juge Craig n'aurait pas écarté la preuve en application du par. 24(2), à cause de la gravité des accusations et de la déclaration d'Evans, faite pendant la «visite des lieux», qu'il aurait tué de nouveau.

Le juge Hutcheon était dissident. Il a conclu que le droit garanti à l'appellant en vertu de l'al. 10(b) avait été violé et qu'il fallait écarter les quatre déclarations faites par l'appellant le jour de son arrestation, en application du par. 24(2) de la *Charte*, à cause de la nature grave et trompeuse des violations de la *Charte* commises par les policiers et de la fiabilité douteuse des déclarations, vu l'immaturité d'Evans et sa déficience mentale.

### Les dispositions législatives pertinentes

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

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.



**10. Everyone has the right on arrest or detention**

(a) to be informed promptly of the reasons therefor;

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

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.

Issues

(1) Were the appellant's s. 10(a) rights infringed or denied and if so should the evidence obtained be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

(2) Were the appellant's s. 10(b) rights infringed or denied and if so should the evidence obtained be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

(3) Were the undercover cell plant statements obtained in a manner that infringed the appellant's s. 7 rights and if so, should the evidence be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

(4) Were the statements made by the appellant to the police voluntarily made and hence admissible into evidence?

(5) Did the trial judge err by failing to adequately review for the jury the defence and the evidence in support thereof?

Analysis**1. Section 10(a) of the Charter**

The right to be promptly advised of the reason for one's detention embodied in s. 10(a) of the *Charter* is founded most fundamentally on the notion that one is not obliged to submit to an arrest if one does not

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

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 questions en litige

(1) A-t-il été porté atteinte aux droits garantis à l'appelant en vertu de l'al. 10a) et, si tel est le cas, faut-il écarter les éléments de preuve obtenus, en application du par. 24(2) de la *Charte*?

(2) A-t-il été porté atteinte aux droits garantis à l'appelant en vertu de l'al. 10b) et, si tel est le cas, faut-il écarter les éléments de preuve obtenus, en application du par. 24(2) de la *Charte*?

(3) Les déclarations obtenues par l'entremise d'un agent banalisé placé dans une cellule ont-elles été obtenues d'une manière qui porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et, si tel est le cas, faut-il écarter ces éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*?

(4) Les déclarations faites par l'appelant à la police ont-elles été faites librement et sont-elles, en conséquence, recevables en preuve?

(5) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'expliquant pas suffisamment au jury les moyens invoqués par la défense et les éléments de preuve qui les étayaient?

L'analyse**1. L'alinéa 10a) de la Charte**

Le droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation énoncé à l'al. 10a) de la *Charte* découle fondamentalement de la notion que personne n'est tenu de se soumettre à une arrestation

know the reasons for it: *R. v. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419 (Ont. C.A.), at p. 424. A second aspect of the right lies in its role as an adjunct to the right to counsel conferred by s. 10(b) of the *Charter*. As Wilson J. stated for the Court in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 152-53, “[a]n individual can only exercise his s. 10(b) right in a meaningful way if he knows the extent of his jeopardy”. In interpreting s. 10(a) in a purposive manner, regard must be had to the double rationale underlying the right.

The majority of the Court of Appeal inclined to the view that the accused’s right to be advised of the reasons for his detention was violated by the failure of the police to advise him when the focus of the investigation changed that he was then suspected of murder.

While serious issue was not taken with this conclusion, I am hesitant to let it pass without comment lest the inference be drawn that police conduct, such as that found in this case, necessarily results in a breach of s. 10(a). In fact the police informed the appellant that he was a suspect in the killings shortly after their suspicion of him formed, as the following portion of the interview discloses:

JS: (LONG PAUSE) To traffic marijuana, that was originally why we’re here. But now that things have taken quite a change.

WE: Yeah but . . . why are you asking me this? I never killed no one . . . I don’t know who did. It’s none of my business.

This passage suggests to me that both parties, the police and the appellant, were aware that the appellant was at that point under investigation for murder. Any doubt about that fact is resolved at the beginning of the second interview when Detective Spring states the following:

JS: And we’ve come up with a few little things which ah . . . I feel are um . . . important in this case

dont il ne connaît pas le motif: *R. v. Kelly* (1985), 17 C.C.C. (3d) 419 (C.A. Ont.), à la p. 424. Un second aspect de ce droit découle de son rôle complémentaire à l’égard du droit à l’assistance d’un avocat que confère l’al. 10b) de la *Charte*. Comme le juge Wilson le dit dans l’arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 152 et 153 «[u]ne personne ne peut valablement exercer le droit que lui garantit l’al. 10b) que si elle connaît l’ampleur du risque qu’elle court». Pour interpréter l’al. 10a) en tenant compte de son objet, il faut prendre en considération le double fondement de ce droit.

La Cour d’appel était d’avis, à la majorité, que le droit de l’accusé d’être informé des motifs de sa détention a été violé à cause de l’omission des policiers de l’informer que l’objet de l’enquête avait changé et qu’il était soupçonné de meurtre.

Bien qu’on n’ait pas contesté cette conclusion avec vigueur, j’hésite à ne pas la commenter de crainte qu’on en conclue qu’une conduite semblable à celle des policiers en l’espèce comporte nécessairement une violation de l’al. 10a). En réalité, les policiers ont informé l’appelant qu’il était soupçonné des meurtres peu de temps après qu’ils en furent venus à le soupçonner, comme le démontre l’extrait suivant de l’interrogatoire:

[TRADUCTION]

JS: (LONGUE PAUSE) Pour trafic de marijuana, au début, c’était ce pourquoi nous sommes ici. Mais maintenant les choses ont beaucoup changé.

WE: Ouais mais . . . pourquoi est-ce que vous me posez ces questions? Je n’ai jamais tué personne . . . je ne sais pas qui l’a fait. Ce n’est pas de mes affaires.

Ce passage me donne à penser que les deux parties, les policiers et l’appelant, savaient à ce moment-là que l’appelant faisait l’objet d’une enquête pour meurtre. Tout doute qui aurait pu subsister a été écarté au début du second interrogatoire quand l’inspecteur Spring a dit ceci:

[TRADUCTION]

JS: Puis, nous avons trouvé quelques petites choses qui ah . . . je crois hum . . . importantes dans ce

and that um . . . . ah . . . . they also um . . . . point to . . . . towards you as possibly being the person who committed that crime that night that we were discussing.

cas-ci et qui hum . . . . ah . . . . peuvent aussi hum . . . . indiquer que . . . . que c'est peut-être toi qui a commis le crime la nuit dont on a parlé.

Thus, very shortly after the point where the appellant became the prime suspect in the killings, the police indicated that they were investigating the appellant for that purpose, and the appellant in turn seemed to recognize that the nature of the questioning had altered.

Donc, très peu de temps après que l'appelant fut devenu le suspect principal des meurtres, les policiers ont indiqué qu'ils le soumettaient à une enquête à cette fin et l'appelant quant à lui semble s'être rendu compte que la nature de l'interrogatoire avait changé.

When considering whether there has been a breach of s. 10(a) of the *Charter*, it is the substance of what the accused can reasonably be supposed to have understood, rather than the formalism of the precise words used, which must govern. The question is whether what the accused was told, viewed reasonably in all the circumstances of the case, was sufficient to permit him to make a reasonable decision to decline to submit to arrest, or alternatively, to undermine his right to counsel under s. 10(b).

Au moment de déterminer s'il y a eu violation de l'al. 10a) de la *Charte*, c'est la substance de ce qu'on peut raisonnablement supposer que l'appelant a compris qui est déterminante plutôt que le formalisme des mots exacts utilisés. Il s'agit donc de savoir si ce qui a été dit à l'accusé, considéré raisonnablement en fonction de toutes les circonstances de l'affaire, était suffisant pour lui permettre de prendre une décision raisonnée de refuser de se soumettre à l'arrestation ou, subsidiairement, pour porter atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b).

The appellant's response to the officer's statement that, while he had originally been arrested on marijuana charges, things had now taken "quite a change", indicates that the appellant was aware that the focus of the questioning had changed and that he was then being questioned with respect to the killings. It might, therefore, be argued that he was given the facts relevant to determining whether he should continue to submit to the detention. Nor can any failure to comply with s. 10(b) be attributed to failure to advise the accused of the reasons why his detention and questioning was continuing.

La réponse que l'appelant a faite à la déclaration de l'agent de police que même s'il avait d'abord été mis en état d'arrestation pour des infractions relatives à de la marijuana, les choses avaient «beaucoup changé», indique que l'appelant a compris que le point central de l'interrogatoire n'était plus le même et qu'il était maintenant interrogé au sujet des meurtres. On peut donc affirmer qu'il a été mis au courant des faits susceptibles de lui permettre de décider s'il devait continuer de se soumettre à la détention. On ne peut non plus dire qu'une omission d'informer l'accusé des motifs pour lesquels sa détention et son interrogatoire se poursuivaient a constitué une violation de l'al. 10b).

These considerations suggest that the requirements of s. 10(a) were met in the case at bar.

Ces considérations indiquent que les exigences de l'al. 10a) ont été respectées en l'espèce.

2. *Section 10(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

2. *L'alinéa 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés*

The police, on arresting the accused in connection with the marijuana charges, properly advised him that he had the right to retain counsel without delay. When they asked him whether he understood, he

Au moment d'arrêter l'accusé pour les infractions relatives à de la marijuana, les policiers l'ont bien informé qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Quand ils lui ont demandé

answered in the negative. Nevertheless, no attempt was made to clarify his appreciation of his right to counsel. The police proceeded to take him into custody and question him in the absence of counsel. Depending on how a disputed portion of the transcript is read, there may have been a further attempt at the beginning of the first interview to repeat the advice regarding counsel, but again no attempt was made to explain it to the accused. At a certain point, the police became suspicious that the appellant might have committed the two killings. The focus of the investigation changed from a drug offence to murder. Nothing more, however, was said about counsel. Two more police interviews followed, as well as a cell interview by an undercover agent, a "show and tell" expedition to the scenes of the crimes, and an interview by a police physician—all without the benefit of counsel. In the course of his conversation with the undercover police officer, the appellant, after telling the officer he confessed because "they wouldn't give me a rest until I confessed . . . . So what else, what else was I gonna do . . .", stated:

I wonder if they'd give me a chance and let me talk to a lawyer? I hope so. Cause with a lawyer maybe things could go a little better with me, or for me I should say.

The next mention of a lawyer by the police came with the request to provide a written statement at approximately 8:39 p.m. The appellant was asked if he wanted to speak with a lawyer. He stated that he did. He was directed to a telephone and provided with a phone book but returned about one minute later stating that he was unable to reach a lawyer; he had been told on the telephone that his lawyer was on vacation and could not be reached at that time. Detective Metzger then told the appellant that he could either contact his lawyer later or continue with the written statement. The appellant stated that he would proceed with the written statement. During the next hour the appellant wrote a two-paragraph statement in which he confessed to the two killings. Later, in a telephone conversation with his brother the accused recited a version of his rights suggestive of the United States and to the question of whether he knew

s'il comprenait, il a répondu que non. Néanmoins, aucun effort n'a été fait pour vérifier sa compréhension de son droit à l'assistance d'un avocat. La police a procédé immédiatement à son arrestation et l'a interrogé en l'absence d'un avocat. Selon la façon dont on interprète la partie contestée de la transcription, on a peut-être essayé à nouveau, au début de l'interrogatoire, de répéter la mise en garde au sujet du droit à l'assistance d'un avocat, mais là encore on n'a pas cherché à l'expliquer à l'accusé. À un moment donné, les policiers ont commencé de soupçonner que l'appellant pouvait être l'auteur des deux meurtres. L'objet de l'enquête est passé, de l'infraction relative aux stupéfiants, à celle de meurtre. Rien d'autre n'a cependant été dit au sujet du droit à l'assistance d'un avocat. Deux autres interrogatoires ont eu lieu de même qu'une conversation dans une cellule avec un agent banalisé, une «visite des lieux» des crimes et un entretien avec un médecin de la police, tout cela sans l'assistance d'un avocat. Dans son entretien avec l'agent banalisé, après lui avoir dit qu'il avait avoué parce que [TRADUCTION] «ils ne m'auraient pas laissé tranquille tant que je n'aurais pas avoué [. . .] Alors qu'est-ce que je pouvais faire d'autre . . .», l'appellant a dit:

[TRADUCTION] Je me demande s'ils me donneraient une chance d'appeler un avocat? Je l'espère. Parce qu'avec un avocat, les choses pourraient peut-être aller un peu mieux, un peu mieux pour moi, je veux dire.

La mention suivante d'un avocat par les policiers accompagnait la demande de déclaration écrite faite vers 20 h 39. On a demandé à l'appellant s'il voulait parler à un avocat. Il a dit qu'il le voulait. On lui a indiqué où était le téléphone et on lui a remis un annuaire; l'appellant est cependant revenu environ une minute plus tard en disant qu'il ne pouvait rejoindre son avocat; on lui avait dit qu'il était en vacances et qu'il n'était pas possible de le joindre à ce moment-là. L'inspecteur Metzger lui a alors mentionné qu'il pouvait communiquer avec son avocat plus tard ou rédiger sa déclaration. L'appellant a alors dit qu'il était prêt à faire une déclaration écrite. Au cours de l'heure suivante, il a rédigé une déclaration de deux paragraphes dans laquelle il avoue avoir commis les deux meurtres. Plus tard, dans une conversation téléphonique qu'il a eue avec son frère, l'accusé a récité une mise en garde, qui ressemblait à

he was entitled to a lawyer, said: "Oh yeah, I know, I watch T.V. man, I know what's goin' on."

This evidence must be viewed against the background that the police from the outset were aware that the accused was hampered by a mental deficiency bordering on retardation and that they should take special care to make sure that he understood the warnings required to be given to him. Psychiatric evidence also established that the accused was easily influenceable.

The trial judge rejected the submission that the accused's s. 10(b) right had been violated on the ground that the accused had told his brother he understood that he was entitled to a lawyer. The majority in the Court of Appeal declined to interfere with the conclusion of the trial judge.

The jurisprudence establishes that the duty on the police to inform a detained person of his or her right to counsel encompasses three subsidiary duties: (1) the duty to inform the detainee of his right to counsel; (2) the duty to give the detainee who so wishes a reasonable opportunity to exercise the right to retain and instruct counsel without delay; and (3) the duty to refrain from eliciting evidence from the detainee until the detainee has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, *supra*. In *Black*, the rider was added that the accused must be reasonably diligent in attempting to obtain counsel if he wishes to do so, otherwise the correlative duty on the police to refrain from questioning him is suspended.

The right to be advised of the right to counsel arguably arises at three points in the dealings of the police with the appellant. The first is the failure of the police upon arresting the appellant to take steps to assist him in understanding his right after he indicated he did not. The second is the failure of the police to reaffirm the appellant's right to counsel when the nature of the investigation changed. The third is the taking of a written statement after the

une mise en garde américaine, et, quand son frère lui a demandé s'il savait qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat, il a répondu: [TRADUCTION] «Oh oui!, je sais, je regarde la télévision moi, je sais comment ça fonctionne».

Nous devons analyser cette preuve en ayant à l'esprit que, depuis le début, les policiers savaient que l'accusé était affligé d'un handicap mental s'approchant de l'arriération et qu'ils devaient prendre la précaution de vérifier que l'accusé comprenait les mises en garde qu'ils étaient tenus de lui faire. La preuve psychiatrique a aussi permis de constater que l'accusé était facilement influençable.

Le juge du procès a rejeté l'argument que le droit conféré à l'accusé par l'al. 10b) avait été violé, parce qu'il avait dit à son frère qu'il comprenait qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat. La Cour d'appel, à la majorité, a refusé d'infirmer cette conclusion du juge du procès.

La jurisprudence établit que le devoir des policiers d'informer une personne détenue de son droit à l'assistance d'un avocat comporte trois devoirs subsidiaires: (1) le devoir d'informer le détenu de son droit à l'assistance d'un avocat; (2) le devoir de laisser à un détenu qui le souhaite une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat sans délai et (3) le devoir de s'abstenir d'obtenir des éléments de preuve du détenu jusqu'à ce que celui-ci ait eu une possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, précité. L'arrêt *Black* a ajouté, comme condition, que l'accusé doit manifester une diligence raisonnable pour obtenir l'assistance d'un avocat s'il désire cette assistance, sinon l'obligation corrélatrice des policiers de s'abstenir d'interroger l'accusé est suspendue.

On pourrait situer le droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat à trois moments différents des rapports des policiers avec l'appellant. Le premier est l'omission de la part des policiers, au moment de l'arrestation de l'appellant, de prendre les mesures nécessaires pour l'aider à comprendre son droit après qu'il eut mentionné qu'il ne le comprenait pas. Le deuxième est l'omission des policiers de renouveler la mise en garde quant au droit à l'assis-

appellant indicated that he would like to speak to a lawyer.

Dealing first with the initial arrest, I am satisfied that the police did not comply with s. 10(b). It is true that they informed the appellant of his right to counsel. But they did not explain that right when he indicated that he did not understand it. A person who does not understand his or her right cannot be expected to assert it. The purpose of s. 10(b) is to require the police to communicate the right to counsel to the detainee. In most cases one can infer from the circumstances that the accused understands what he has been told. In such cases, the police are required to go no further (unless the detainee indicates a desire to retain counsel, in which case they must comply with the second and third duties set out above). But where, as here, there is a positive indication that the accused does not understand his right to counsel, the police cannot rely on their mechanical recitation of the right to the accused; they must take steps to facilitate that understanding.

This is recognized in *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), where the Court, *per* Tarnopolsky J.A., stated at p. 431:

... I am of the view that, absent proof of circumstances indicating that the accused did not understand his right to retain counsel when he was informed of it, the onus has to be on him to prove that he asked for the right but it was denied or he was denied any opportunity to even ask for it. No such evidence was put forth in this case. [Emphasis added.]

The question is whether the circumstances here indicated that the accused did not understand his right to retain counsel. In my view, they did. Asked whether he understood his rights, he replied in the negative. The police had no reason to assume otherwise, given their knowledge of his limited mental capacity. The only question is whether his subsequent

tance d'un avocat quand la nature de l'enquête a changé. Le troisième est la consignation d'une déclaration écrite après que l'appellant a indiqué qu'il voulait parler à un avocat.

Pour ce qui est d'abord du moment initial de l'arrestation, je suis convaincue que les policiers n'ont pas respecté l'al. 10b). Il est vrai qu'ils ont informé l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat. Cependant, ils ne lui ont pas expliqué ce droit quand il a mentionné qu'il ne le comprenait pas. Une personne qui ne comprend pas son droit n'est pas en mesure de l'exercer. L'objet de l'al. 10b) est d'exiger des policiers qu'ils fassent connaître à la personne détenue son droit à l'assistance d'un avocat. Dans la plupart des cas, il est possible de conclure, d'après les circonstances, que l'accusé comprend ce qui lui est dit. Dans ces cas, les policiers ne sont pas tenus de faire plus (à moins que le détenu n'indique qu'il veut retenir les services d'un avocat, auquel cas, les policiers sont tenus aux deuxième et troisième obligations mentionnées ci-dessus). Mais lorsque, comme en l'espèce, il y a des signes concrets que l'accusé ne comprend pas son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ne peuvent se contenter de la récitation rituelle de la mise en garde relative à ce droit de l'accusé; ils doivent prendre des mesures pour faciliter cette compréhension.

Cette règle est consacrée dans l'arrêt *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Tarnopolsky dit au nom de la Cour, à la p. 431:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que, sauf si les circonstances indiquent que l'accusé n'a pas compris son droit à l'assistance d'un avocat quand il en a été informé, le fardeau lui incombe de prouver qu'il a demandé d'exercer ce droit et qu'on lui a refusé de le faire ou qu'on lui a refusé même l'occasion de demander de l'exercer. On n'a présenté aucun de ces éléments de preuve en l'espèce. [Je souligne.]

La question est de savoir si, en l'espèce, les circonstances indiquent que l'accusé n'a pas compris son droit à l'assistance d'un avocat. À mon avis, elles l'indiquent. Quand on lui a demandé s'il comprenait son droit, il a répondu que non. Les policiers n'avaient pas de motif de conclure le contraire, puisqu'ils connaissaient son handicap mental. La seule

statement to his brother that he was aware of his right to counsel can be reasonably seen as indicating that the appellant, despite his initial indication to the contrary, in fact understood his right. In my view, it cannot. While the appellant had some idea—based on U.S. television—that he was allowed to speak to a lawyer, it is far from clear that the appellant understood from the outset when he was entitled to exercise his right to counsel and how he was permitted to do so. In these circumstances, the failure of the police to make a reasonable effort to explain to the accused his right to counsel violated s. 10(b) of the *Charter*.

A second violation of the appellant's s. 10(b) right occurred when the police failed to reiterate the appellant's right to counsel after the nature of their investigation changed and the appellant became a suspect in the two killings. This Court's judgment in *R. v. Black, supra*, per Wilson J., makes it clear that there is a duty on the police to advise the accused of his or her right to counsel a second time when new circumstances arise indicating that the accused is a suspect for a different, more serious crime than was the case at the time of the first warning. This is because the accused's decision as to whether to obtain a lawyer may well be affected by the seriousness of the charge he or she faces. The new circumstances give rise to a new and different situation, one requiring reconsideration of an initial waiver of the right to counsel. On this point I prefer the judgment of *R. v. Nelson* (1982), 32 C.R. (3d) 256 (Man. Q.B.), to the decision in *R. v. Broyles* (1987), 82 A.R. 238 (C.A.). I add that to hold otherwise leaves open the possibility of police manipulation, whereby the police—hoping to question a suspect in a serious crime without the suspect's lawyer present—bring in the suspect on a relatively minor offence, one for which a person may not consider it necessary to have a lawyer immediately present, in order to question him or her on the more serious crime.

question est de savoir si la déclaration subséquente qu'il a faite à son frère, selon laquelle il connaissait son droit à l'assistance d'un avocat, peut raisonnablement vouloir dire que l'appellant comprenait son droit, en dépit de son affirmation du début qu'il ne le comprenait pas. À mon avis, elle ne le peut pas. Bien que l'appellant ait eu une vague idée, à cause des émissions de télévision américaines, qu'il avait le droit de parler à un avocat, il est loin d'être clair que l'appellant ait compris, depuis le début, qu'il pouvait exercer son droit à l'assistance d'un avocat et comment il pouvait le faire. Dans ces circonstances, par leur omission de prendre des moyens raisonnables d'expliquer à l'accusé son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ont enfreint l'al. 10(b) de la *Charte*.

Une deuxième violation du droit garanti à l'appellant en vertu de l'al. 10(b) s'est produite quand les policiers ont omis de renouveler la mise en garde au sujet du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat après que la nature de leur enquête eut changé et que l'appellant fut devenu suspect des deux meurtres. L'arrêt de notre Cour *R. c. Black*, précité, rédigé par le juge Wilson, dit clairement que les policiers ont le devoir d'informer à nouveau l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat quand un changement de circonstances fait que l'accusé est soupçonné d'une infraction différente et plus grave que celle dont il était soupçonné au moment de la première mise en garde. Il en est ainsi parce que la décision de l'accusé d'exercer ou non son droit à l'assistance d'un avocat peut bien dépendre de la gravité de l'inculpation à laquelle il est exposé. Les nouvelles circonstances constituent une situation nouvelle et différente, qui exige de reconsidérer le renoncement première à l'assistance d'un avocat. Sur ce point, je préfère la décision *R. v. Nelson* (1982), 32 C.R. (3d) 256 (B.R. Man.), à l'arrêt *R. v. Broyles* (1987), 82 A.R. 238 (C.A.). J'ajouterai que décider le contraire rendrait possible le subterfuge par lequel les policiers, dans l'espoir d'interroger un suspect, hors de la présence de son avocat, au sujet d'un crime grave, l'accuseraient d'une infraction relativement mineure, pour laquelle une personne pourrait ne pas juger nécessaire de faire venir son avocat immédiatement, et lui poseraient des questions au sujet de l'infraction plus grave.

I should not be taken as suggesting that the police, in the course of an exploratory investigation, must reiterate the right to counsel every time that the investigation touches on a different offence. I do, however, affirm that in order to comply with the first of the three duties set out above, the police must restate the accused's right to counsel when there is a fundamental and discrete change in the purpose of the investigation, one involving a different and unrelated offence or a significantly more serious offence than that contemplated at the time of the warning.

It remains to consider the appellant's decision to provide a written statement after an unsuccessful attempt to contact his lawyer. Prior to preparation of the written statement, the appellant was asked in terms he could understand whether he wanted to speak to a lawyer. The appellant was then given the choice of contacting his lawyer later or proceeding with the written statement, and he apparently agreed to continue with the written statement. At this point, the appellant both understood that he had a right to counsel and knew that he faced a charge of murder. The Crown argues that this "cured" the earlier s. 10(b) violations, with the result that the written confession was obtained in conformity with s. 10(b) of the *Charter*.

Such an argument could only succeed if it were concluded that by making the written confession the appellant had waived his s. 10(b) right. In *Manninen*, *supra*, this Court held that a person may implicitly, by words or conduct, waive his or her rights under s. 10(b). The Court cautioned, however, that "the standard will be very high" (at p. 1244) and referred to its judgment in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, where it was held that for a voluntary waiver to be valid and effective it must be premised on a true appreciation of the consequences of giving up the right. In view of the appellant's subnormal mental capacity and the circumstances surrounding his arrest—the fact that no attempt was made to explain his rights to him after he indicated that he did not understand them, as well as the fact that he was subjected to a day of aggressive and at times deceptive interrogation which apparently left him feeling

Je ne veux pas qu'on me fasse dire que les policiers doivent, dans le cours d'une enquête exploratoire, renouveler la mise en garde au sujet du droit à l'assistance d'un avocat chaque fois que l'infraction visée par l'enquête change. J'affirme cependant que, pour se conformer au premier des trois devoirs mentionnés précédemment, les policiers doivent formuler de nouveau le droit à l'assistance d'un avocat quand il y a un changement radical et net de l'objet de l'enquête, qui vise une infraction différente et indépendante ou une infraction beaucoup plus grave que celle qui était en cause au moment de la mise en garde.

Il reste à examiner la décision de l'appelant de fournir une déclaration écrite après avoir essayé en vain de joindre son avocat. Avant la rédaction de la déclaration écrite, on a demandé à l'appelant, en des termes qu'il pouvait comprendre, s'il voulait parler à un avocat. On a alors offert à l'appelant la possibilité de communiquer avec son avocat plus tard ou de faire une déclaration immédiatement et il semble avoir accepté de faire une déclaration immédiatement. À ce moment-là, l'appelant comprenait qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat et qu'il était accusé de meurtre. Le ministère public soutient que cette situation a [TRADUCTION] «corrigé» les violations antérieures de l'al. 10b), de sorte que la déclaration écrite de l'accusé a été obtenue en conformité de l'al. 10b) de la *Charte*.

Cette argumentation ne pourrait être acceptée que si l'on pouvait conclure qu'en faisant la déclaration écrite, l'appelant a renoncé au droit que lui conférait l'al. 10b). Dans l'arrêt *Manninen*, précité, notre Cour a statué qu'une personne peut implicitement, par ses paroles ou sa conduite, renoncer aux droits qu'elle a en vertu de l'al. 10b). Notre Cour a cependant prévenu que «la norme pour ce faire est très exigeante» (à la p. 1244) et elle a renvoyé à son arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, dans lequel elle a statué que pour qu'une renonciation volontaire soit valide et efficace elle doit s'appuyer sur une appréciation véritable des conséquences de cette renonciation. En raison de la faiblesse mentale de l'accusé et des circonstances de son arrestation—on n'a pas essayé de lui expliquer ses droits après qu'il eut mentionné qu'il ne les comprenait pas et on l'a soumis à plusieurs heures d'interrogatoire agressif et même à



as if he had “no choice” but to confess—I am not satisfied that he appreciated the consequences of making the written statement and thereby waiving his right to counsel or, to put it another way, that he waived his right “with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process”: *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, as cited in *Clarkson v. The Queen*, *supra*, at p. 395 (emphasis deleted). Accordingly, I am of the view that the written statement was also taken in violation of the appellant’s s. 10(b) right.

### 3. Other Charter Violations

In view of the fact that the statements made to an undercover policeman were not put in evidence, it is unnecessary to consider whether they constituted a violation of s. 7 of the *Charter* or whether they were voluntary.

#### 4. Section 24(2) of the Charter

I have concluded that the statements of the accused were obtained in a manner that infringed the appellant’s right to counsel. Section 24(2) provides that where this is the case, “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 majority of the Court of Appeal concluded that admitting the statements in evidence at the appellant’s trial would not bring the administration of justice into disrepute. Southin J.A. considered the matter on the basis that both ss. 10(a) and 10(b) had been violated, and assumed further that had the appellant had access to counsel, he would have been advised to remain, and in fact remained silent. In her view, it was necessary to weigh the appellant’s right to “adjudicative fairness” against the s. 7 right to life of possible future victims. Concluding, at p. 563, that something had to be done “to prevent another young woman who has never done Evans any harm [from] being killed by him without a fair trial”, Southin J.A.

l’occasion trompeur, qui semblent avoir laissé à l’appelant l’impression qu’il n’avait pas «d’autre choix» que celui d’avouer—je ne suis pas convaincue qu’il a compris les conséquences de faire une déclaration écrite et de renoncer ainsi à son droit à l’assistance d’un avocat ou, autrement dit, qu’il a renoncé à son droit «en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l’effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure»: *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cité dans *Clarkson c. La Reine*, précité, à la p. 395 (soulignement omis). En conséquence, je suis d’avis que la déclaration écrite a aussi été obtenue en violation du droit conféré à l’appelant par l’al. 10b).

### 3. Les autres violations de la Charte

Puisque les déclarations faites à un agent de police banalisé n’ont pas été soumises en preuve, il est inutile de se demander si elles constituaient une violation de l’art. 7 de la *Charte* ou si elles avaient été faites volontairement.

#### 4. Le paragraphe 24(2) de la Charte

J’ai conclu que les déclarations de l’accusé ont été obtenues d’une manière qui porte atteinte au droit de l’appelant à l’assistance d’un avocat. Le paragraphe 24(2) dispose que lorsque la situation se présente, «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 Cour d’appel, à la majorité, a conclu qu’utiliser les déclarations en preuve au procès de l’appelant n’était pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Le juge Southin a examiné la question en considérant que les al. 10a) et 10b) avaient été, l’un et l’autre, violés et elle a de plus présumé que si l’appelant avait eu l’assistance d’un avocat, il aurait reçu le conseil de garder le silence, ce qu’il aurait effectivement fait. À son avis, il fallait soupeser le droit de l’appelant à «l’équité de son procès» et le droit à la vie garanti par l’art. 7 aux futures victimes possibles. Concluant, à la p. 563, qu’il fallait faire quelque chose pour [TRADUCTION] «empêcher qu’une autre jeune femme n’ayant fait aucun mal à

held that the statements should not be excluded. She concluded with the following peroration at p. 564:

If there be anything more likely, by every rational community standard, to bring the administration of justice into disrepute than letting the accused, a self-confessed killer, go free to kill again on the basis of such infringements, I do not know what it is.

Seventy-five years ago, Wesley Evans would have been hanged for these murders. Twenty-five years ago he would probably have had his death sentence commuted to life imprisonment.

I cannot think that the framers of the Charter intended that today in the name of adjudicative fairness he should by the application of the Charter be let free to kill again. Such a result would not be the act of a civilized, but of an uncivilized, society.

Craig J.A. found that reception of the statements would not bring the administration of justice into disrepute on the ground that the appellant knew about his right to counsel and was likely, if released, to kill again, in view of his statement after the "show and tell" expedition.

Hutcheon J.A., dissenting, held that the evidence should have been excluded in view of the following considerations: (i) the confessions came into existence following a serious breach of the right to counsel; (ii) the police officers lied to the appellant concerning the discovery of his fingerprints in the house; and (iii) the statements were those of a person who is immature and borderline mentally retarded and there is evidence to cast doubt upon their reliability.

I share the view of Hutcheon J.A. that reception of the written statements would tend to bring the administration of justice into disrepute. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, this Court identified three broad categories of factors bearing on a s. 24(2) determination:

(a) the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial;

Evans soit tuée par lui sans qu'il y ait de procès équitable», le juge Southin a statué qu'il ne fallait pas écarter les déclarations. Elle termine ainsi ses motifs, à la p. 564:

[TRADUCTION] S'il y a quelque chose de plus susceptible, selon n'importe quelle norme sociale rationnelle, de déconsidérer l'administration de la justice que de laisser un meurtrier, qui a avoué, libre de tuer à nouveau, à cause de ces violations, je ne puis voir ce que cela peut être.

Il y a 75 ans, Wesley Evans aurait été pendu pour ces meurtres. Il y a 25 ans, sa peine de mort aurait probablement été commuée en emprisonnement à perpétuité.

Je ne puis concevoir que les auteurs de la Charte aient voulu qu'aujourd'hui, au nom de la justice, il puisse être remis en liberté par application de la Charte pour pouvoir commettre d'autres meurtres. Un tel résultat ne serait pas le fait d'une société civilisée.

Le juge Craig a conclu que l'utilisation des déclarations n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice pour le motif que l'appelant connaissait son droit à l'assistance d'un avocat et que, vraisemblablement, il commettrait d'autres meurtres s'il était libéré, compte tenu de sa déclaration au cours de la «visite des lieux».

Le juge Hutcheon, dissident, a conclu que la preuve aurait dû être écartée pour les motifs suivants: (i) les aveux ont été obtenus à la suite d'une violation grave du droit à l'assistance d'un avocat (ii) les agents de police ont menti à l'appelant quand ils lui ont dit qu'ils avaient trouvé ses empreintes digitales dans la maison; et (iii) les déclarations émanaient d'une personne immature, presque arriérée, et il y avait des éléments de preuve qui faisaient douter de leur fiabilité.

Je partage l'avis du juge Hutcheon, de la Cour d'appel, selon lequel l'utilisation des déclarations tendraient à déconsidérer l'administration de la justice. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, notre Cour a défini trois grandes catégories de facteurs qui déterminent la décision à prendre en vertu du par. 24(2):

a) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès;

(b) the seriousness of the *Charter* violation; and

(c) the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

The effect of the reception of this evidence on the fairness of the trial is the first matter which must be considered. There can be little doubt that the use of these statements at trial worked an unfairness against the accused. Generally speaking, the use of an incriminating statement, obtained from an accused in violation of his rights, results in unfairness because it infringes his privilege against self-incrimination and does so in a most prejudicial way—by supplying evidence which would not be otherwise available: *Collins, supra*; *Black, supra*. For these reasons, Lamer J. (as he then was) stated in *Collins*, at pp. 284-85, that “[t]he 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.”

Admission of the statements taken from the appellant is unfair for the reasons enunciated in *Collins* and *Black*. The statements were obtained in violation of the appellant’s rights. They were highly incriminatory. And they provide evidence which was not otherwise available. The Crown concedes that without the confessions, it has no case against the appellant.

This suggests a further reason why it would be unfair to use the statements against the accused. There can be no greater unfairness to an accused than to convict him or her by use of unreliable evidence. Here the appellant’s deficient mental state, combined with the circumstances in which the statements were taken, cast significant doubt on their reliability. Consider the record. A young man, borderline mentally retarded, emotionally immature and by his nature subject to suggestion, after being denied his right to counsel, is interviewed at length. The police falsely suggest to him that they have real evidence linking him to the murders. They tell him that his fingerprints place him at the house where one of the victims was killed, when none of his fingerprints has been found there. Asked why he cannot explain why his finger-

b) la gravité de la violation de la *Charte*; et

c) l’effet de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice.

<sup>a</sup> L’effet de l’utilisation de la preuve sur l’équité du procès est la première question à considérer. Il y a peu de doute que l’utilisation de ces déclarations a rendu le procès de l’accusé inéquitable. D’une manière générale, l’utilisation d’une déclaration incriminante obtenue d’un accusé en violation de ses droits entraîne une injustice parce qu’elle viole son droit de ne pas témoigner contre lui-même et qu’elle le fait de la façon la plus préjudiciable qui soit, c’est-à-dire en fournissant une preuve qui autrement n’aurait pas existé: voir les arrêts *Collins* et *Black*, précités. Pour ces motifs, le juge Lamer, alors juge puîné, dit dans l’arrêt *Collins*, aux pp. 284 et 285, que <sup>d</sup> «[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.»

<sup>e</sup> L’utilisation des déclarations obtenues de l’appellant est inéquitable pour les motifs mentionnés dans les arrêts *Collins* et *Black*, précités. Les déclarations ont été obtenues en violation des droits de l’appellant. Elles étaient très incriminantes. Elles fournissent une preuve qui autrement ne serait pas disponible. Le ministère public admet que, sans les aveux, il n’a pas de preuve suffisante contre l’appellant.

<sup>g</sup> Cette situation constitue un autre motif pour lequel il serait inéquitable d’utiliser les déclarations contre l’accusé. Il ne peut y avoir de plus grande iniquité pour un accusé que de le déclarer coupable sur une preuve douteuse. En l’espèce, l’état de déficience mentale de l’appellant, en plus des circonstances où les aveux ont été recueillis, jette un doute important sur leur fiabilité. Voici ce que révèle le dossier: un jeune homme, presque arriéré et émotivement immature, donc par nature influençable, est interrogé longuement après avoir été privé du droit à l’assistance d’un avocat. Les policiers le trompent en lui disant qu’ils ont des preuves matérielles qui le relient aux meurtres. Ils lui disent que ses empreintes digitales démontrent qu’il s’est trouvé dans la maison où l’une des victimes a été tuée, alors que ce n’est pas le cas.

prints were found inside the house, his response is simple: "... all's I can say is I wasn't inside that house." Nevertheless, by the end of the second interview he has admitted to killing Ms. Seto and by the end of the third interview, to killing Ms. Willems. A little while later in the cells, he denies his involvement to the undercover officer. Asked why he had confessed, he alludes to police pressure—"... they wouldn't give me a rest until I confessed ... So what else, what else was I gonna do ... ." And then, most significantly, the following exchange occurs, suggesting that the accused has no memory of the matters he has just confessed to:

WE: You know it's funny, I don't remember killing them.

LR: No?

WE: Um-um.

LR: Yeah that is funny.

WE: Yeah. Usually I won't forget somein [*sic*] like that.

Later, in a taped telephone call to his brother, the appellant once more denies his guilt.

In all the circumstances, the appellant's statements must be regarded as highly unreliable. It would be most unfair to convict him entirely on their strength. I note in passing that significant portions of the evidence which undermines the reliability of the statements was not before the jury.

The second factor relevant to a s. 24(2) determination is the seriousness of the *Charter* violation. In my view, the violation of the accused's right to counsel in this case was highly serious. The police, despite knowledge of the appellant's deficient mental status and despite his statement to them that he did not understand his right to counsel, proceeded to subject him to a series of interviews and other investigative

Quand on lui demande d'expliquer pourquoi on a trouvé ses empreintes digitales dans la maison, il répond simplement [TRADUCTION] «... tout ce que je peux dire c'est que je n'étais pas dans cette maison-là». Néanmoins, à la fin du deuxième interrogatoire il admet avoir tué M<sup>me</sup> Seto et à la fin du troisième interrogatoire, avoir tué M<sup>me</sup> Willems. Un peu plus tard, dans les cellules, il dit à l'agent banalisé qu'il n'y est pour rien. À la question de savoir pourquoi il a avoué, il fait allusion aux pressions des policiers, [TRADUCTION] «... ils ne m'auraient pas laissé tranquille tant que je n'aurais pas avoué [...] Alors qu'est-ce que je pouvais faire d'autre ... » Puis, et c'est ce qui compte le plus, arrive la conversation suivante dans laquelle l'accusé dit qu'il ne se souvient de rien relativement à l'objet des aveux qu'il vient tout juste de faire:

[TRADUCTION]

WE: Tu sais, c'est étrange, je ne me rappelle pas les avoir tuées.

LR: Non?

WE: Hum.

LR: Ouais, c'est étrange.

WE: Ouais. Ordinairement je n'oublie pas des choses comme celles-là.

Plus tard, au cours d'une conversation téléphonique enregistrée avec son frère, l'appelant nie à nouveau sa culpabilité.

Vu l'ensemble des circonstances, les déclarations de l'appelant doivent être tenues pour extrêmement douteuses. Il ne serait pas équitable de le déclarer coupable en se fondant sur elles. Je signale, en passant, que des parties importantes de la preuve qui minaient la fiabilité des déclarations n'ont pas été soumises au jury.

Le deuxième facteur pertinent quant à la décision à rendre relativement au par. 24(2) est la gravité de la violation de la *Charte*. Selon moi, la violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat en l'espèce est très grave. Bien qu'ils aient connu l'état de déficience mentale de l'accusé et malgré la déclaration qu'il leur a faite qu'il ne comprenait pas son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ont con-

techniques. Moreover, they lied to him in the course of the interviews, falsely suggesting that his fingerprints had been found in the house where Ms. Seto died. One can appreciate the pressure the police were under to find a suspect in these two terrible killings. But that did not justify their conducting repeated and dishonest interrogations of a weak person in violation of his *Charter* rights.

It is argued that the police conduct should not be considered serious since the accused himself stated in his conversation with his brother after the interviews that he knew he had a right to counsel. The strength of this argument is undercut, however, by the fact that the same conversation reveals that the appellant's notion of his rights was confined to a garbled version based on American television. The argument is also weakened by the appellant's initial assertion to the police that he did not understand what his right to counsel entailed.

I turn finally to the third factor outlined in *Collins*—the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. To Southin J.A.'s mind, the admission of the statement would not bring the administration of justice into disrepute; on the contrary, its admission was required since nothing could be more detrimental to the repute of the administration of justice "than letting the accused, a self-confessed killer, go free to kill again on the basis of such infringements . . ."

The fallacy in this reasoning, with the greatest respect, is that it rests on the questionable assumption that the confessions were reliable and true. More fundamentally, it rests on the assumption that the appellant is guilty. But the very question before the Court of Appeal was whether the appellant was, in fact, guilty—that is, whether the jury, after a trial conducted in accordance with the law, had properly found him guilty. The appellant was entitled not to be found guilty except upon a fair trial. To justify the unfairness of his trial by presuming his guilt is to stand matters on their head and violate that most fundamental of rights, the presumption of innocence. Few things could be more calculated to bring the

tinué de le soumettre à plusieurs interrogatoires et à d'autres formes d'enquête. En plus, il lui ont menti, en lui laissant entendre que ses empreintes digitales avaient été trouvées dans la maison où M<sup>me</sup> Seto est morte. On peut comprendre que les policiers étaient incités à trouver rapidement un suspect de ces deux crimes terribles. Ces pressions ne les autorisaient toutefois pas à mener des interrogatoires malhonnêtes et répétés contre une personne vulnérable, en violation des droits que lui garantissait la *Charte*.

On a soutenu qu'il ne fallait pas juger les agissements des policiers comme graves puisque l'accusé lui-même a dit dans sa conversation avec son frère, après les interrogatoires, qu'il savait qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat. Cet argument perd de sa force puisque la même conversation révèle que ce que l'appelant savait de ses droits se limitait à des connaissances confuses apprises à la télévision américaine. L'argument est aussi affaibli par l'affirmation initiale de l'appelant aux policiers selon laquelle il ne comprenait pas ce que son droit signifiait.

Je parlerai finalement du troisième facteur mentionné dans l'arrêt *Collins*, l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. De l'avis du juge Southin, utiliser la déclaration n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; au contraire, il était nécessaire de l'utiliser puisque rien ne pouvait plus nuire à la considération dont jouit l'administration de la justice que de [TRADUCTION] «laisser un meurtrier, qui a avoué, libre de tuer à nouveau, à cause de ces violations . . .»

La faille de ce raisonnement, soit dit avec égards, tient à ce qu'il repose sur l'hypothèse douteuse que les aveux étaient dignes de foi et fidèles. Plus fondamentalement, il repose sur l'hypothèse que l'appelant est coupable. Mais la question essentielle posée à la Cour d'appel était de déterminer précisément si l'accusé était coupable, c'est-à-dire si le jury, après un procès équitable, tenu selon les règles de droit, l'avait régulièrement déclaré coupable. L'appelant avait le droit de ne pas être déclaré coupable, si ce n'est à la suite d'un procès équitable. Justifier l'iniquité de son procès en présument sa culpabilité revient à voir les choses à l'envers et à violer le plus fondamental des droits: la présomption d'innocence. Peu de choses

administration of justice into disrepute than to permit the imprisonment of a man without a fair trial. Nor, as a practical matter, can it be said that such imprisonment would achieve the end sought by Southin J.A., namely, the prevention of further murders by the killer of Ms. Seto and Ms. Willems. Only a conviction after a fair trial based on reliable evidence could give the public that assurance.

I conclude that the admission of the accused's statements obtained in violation of his *Charter* rights would bring the administration of justice into disrepute.

#### 5. Other Issues

The appellant contends that the charge to the jury failed to sufficiently emphasize the unreliability of the statements put in evidence. In view of my conclusion that the statements should never have been admitted, nothing turns on this allegation, and I need not consider it further. For the same reason, it is unnecessary for me to consider the appellant's argument concerning the voluntariness of the statements made to the police.

#### Conclusion

I would allow the appeal. The conviction should be set aside and an acquittal entered.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J.—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, Justice McLachlin, and agree with her disposition of the appeal.

I restrict my agreement to the principal ground, namely that the police violated s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in failing to make a reasonable effort to explain to the accused his right to counsel. In my view, this is not a case in which to decide whether there is an obligation to reit-

sont plus susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice que de permettre l'emprisonnement de quelqu'un sans un procès équitable. On ne peut non plus soutenir, d'un point de vue pratique, que cet emprisonnement remplirait l'objectif recherché par le juge Southin, savoir empêcher la perpétration d'autres meurtres par le meurtrier de M<sup>mes</sup> Seto et Willems. Seule une déclaration de culpabilité à la suite d'un procès équitable, fondé sur une preuve digne de foi, peut donner cette assurance à la société.

Je conclus que l'utilisation des déclarations obtenues de l'accusé en violation des droits que la *Charte* lui garantit est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### 5. Autres questions en litige

L'appelant soutient que l'exposé du juge au jury n'a pas suffisamment souligné la fiabilité douteuse des déclarations soumises en preuve. En raison de la conclusion à laquelle je suis arrivée, que les déclarations n'auraient pas dû être utilisées, cet argument est inutile et je n'ai pas besoin de l'examiner davantage. Pour le même motif, il n'est pas nécessaire que je m'arrête à l'argumentation de l'appelant au sujet du caractère libre des déclarations faites à la police.

#### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'inscrire un verdict d'acquiescement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge McLachlin et je suis du même avis qu'elle sur la façon de disposer du pourvoi.

Je limite cependant mon accord au motif principal, à savoir que les policiers ont enfreint l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droit et libertés* en omettant de faire un effort raisonnable pour expliquer à l'accusé son droit à l'assistance d'un avocat. À mon avis, il n'y a pas lieu en l'espèce de décider s'il existe une

erate the right to counsel when the course of the investigation takes some change.

Counsel for the accused properly distinguished *R. v. Broyles* (1987), 82 A.R. 238, a decision I gave for the Alberta Court of Appeal. He correctly distinguished it on the basis that it was "not dealing with somebody who did not understand his rights". Counsel thus staked his position on the "understanding" question and we did not, therefore, have the benefit of full argument on the reiteration question.

In *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, this Court considered the applicability of s. 10(b) of the *Charter* to a situation in which the accused, having first been detained for attempted murder was subsequently charged with first degree murder and then gave inculpatory statements. The accused was at that point detained for the purposes of that second charge. These statements were obtained notwithstanding the accused's request to speak to the lawyer she had consulted in relation to the first charge. This Court held that the accused had not fully exercised her *Charter* right to counsel when she spoke to her lawyer about the first charge. Any waiver in relation to the first charge did not extend to the reiteration of the request for counsel in relation to the second charge.

Section 10 does not apply to police investigations or questioning in the absence of detention. The object of the section is to provide safeguards in the circumstances of detention. On one hand, the police may be found to have detained someone on one charge with the object of questioning on another charge. On the other extreme, there can be cases in which an accused under detention fortuitously discloses information relating to other activities. These raise fact issues not dependent on the nature or seriousness of the other activities. One extreme would be readily characterized as an abuse of the detention and a violation of s. 10(a) and (b), while the other does not appear to violate the section.

obligation d'informer de nouveau le prévenu de son droit à l'assistance d'un avocat lorsque le cours de l'enquête change.

L'avocat de l'accusé a bien distingué la présente affaire de l'arrêt *R. v. Broyles* (1987), 82 A.R. 238, arrêt que j'ai rendu au nom de la Cour d'appel de l'Alberta. Il a souligné, à juste titre, que cet arrêt [TRADUCTION] «ne portait pas sur le cas d'une personne qui ne comprenait pas ses droits». L'avocat a par conséquent pris le risque de limiter son argumentation à la notion de «compréhension» et nous n'avons donc pas eu l'avantage d'entendre une argumentation complète sur la nécessité de réitérer le droit à l'assistance d'un avocat.

Dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, notre Cour a examiné l'applicabilité de l'al. 10b) de la *Charte* à un cas où, après avoir d'abord été détenue pour tentative de meurtre, l'accusée a été inculpée de meurtre au premier degré et a par la suite fait des déclarations incriminantes. À ce moment-là, l'accusée était détenue en rapport avec la seconde inculpation. Ces déclarations ont été obtenues en dépit de la demande faite par l'accusée de communiquer avec l'avocat qu'elle avait consulté relativement à la première accusation. Notre Cour a statué qu'elle n'avait pas pleinement joui du droit à l'assistance d'un avocat que la *Charte* lui conférait quand elle a parlé à son avocat en rapport avec la première inculpation. Toute renonciation relative à la première inculpation ne s'appliquait pas au renouvellement de la demande de communiquer avec un avocat relativement à la seconde.

L'article 10 ne s'applique pas aux enquêtes ou aux interrogatoires de police s'il n'y a pas détention. Cet article vise à fournir des garanties en cas de détention. D'une part, des policiers pourraient détenir quelqu'un sous un chef d'accusation dans le but de l'interroger à propos d'une autre inculpation. D'autre part, à l'opposé, il peut survenir des cas où un accusé sous garde révèle fortuitement des renseignements ayant trait à d'autres actes. Ces cas soulèvent des questions de fait qui ne dépendent pas de la nature ou de la gravité des autres actes. Une de ces situations apparaît nettement comme un abus de la détention et une violation des al. 10a) et b), alors que l'autre ne semble pas violer cet article.

We do not, of course, lay down rules that determine facts and I am not persuaded that this is a case in which we should attempt to formulate rules that will indelibly characterize some changes in the purpose of an investigation as imposing specific new duties, the breach of which are *Charter* violations.

I agree with McLachlin J.'s analysis and application of s. 24 and would allow the appeal.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Orris Burns, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: DuMoulin, Black, Vancouver.*

Il va sans dire que nous ne formulons pas de règles qui caractériseraient des faits et je ne suis pas convaincu qu'en l'espèce nous devrions essayer de dégager des règles qui définiraient à jamais certains changements d'objet d'une enquête comme des sources de nouvelles obligations dont l'inobservation constitue une violation de la *Charte*.

Je souscris à l'analyse du juge McLachlin et à l'application qu'elle fait de l'art. 24 et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Orris Burns, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée: DuMoulin, Black, Vancouver.*



**Larry Brian Fisher** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FISHER

File No.: 21551.

1991: May 1.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Defences — Charge of first degree murder — Whether trial judge erred in not adequately placing defence's theory to jury.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 59 Man. R. (2d) 58, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of first degree murder. Appeal dismissed, Lamer C.J. dissenting.

*Michael Phelan*, for the appellant.

*Richard A. Saull*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—This appeal comes to us as of right.

We are in substantial agreement, the Chief Justice dissenting, with the majority of the Court of Appeal. We would, therefore, dismiss the appeal. The Chief Justice would allow the appeal and order a new trial on the charge of first degree murder.

The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.*

**Larry Brian Fisher** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. FISHER

N<sup>o</sup> de greffe: 21551.

<sup>b</sup> 1991: 1<sup>er</sup> mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Stevenson et Iacobucci.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Moyens de défense — Accusation de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il fait une erreur en ne présentant pas adéquatement la théorie de la défense au jury?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 59 Man. R. (2d) 58, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa condamnation pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer est dissident.

*Michael Phelan*, pour l'appellant.

*Richard A. Saull*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi nous est soumis de plein droit.

<sup>h</sup> Nous sommes d'accord pour l'essentiel, le Juge en chef étant dissident, avec la majorité de la Cour d'appel. Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi. Le Juge en chef est d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sous le chef d'accusation de meurtre au premier degré.

<sup>i</sup> Le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

<sup>j</sup> *Procureurs de l'appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General  
of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du  
Manitoba, Winnipeg.*

**Ronald Robert Cole** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. COLE

File No. 21542.

1991: May 1.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Allegation that trial judge not impartial — Trial judge asking questions of appellant — A properly instructed jury acting judicially could have convicted — Section 686(1)(a)(i) properly applied by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).*

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal dismissing an appeal from conviction by Selbie Co. Ct. J. Appeal dismissed.

*Barry L. Long*, for the appellant.

*Elizabeth Bennett*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This case comes to us as of right on a dissent on a point of law in the Court of Appeal.

Given the function of a Court of Appeal under s. 686(1)(a)(i), *Criminal Code*, we are all of the view that the majority of the Court of Appeal made no error and, reviewing the whole of the evidence anew, that the evidence is one upon which a properly

**Ronald Robert Cole** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. COLE

<sup>b</sup> N° de greffe: 21542.

1991: 1<sup>er</sup> mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

<sup>d</sup> *Droit criminel — Allégation selon laquelle le juge du procès n'était pas impartial — Le juge du procès a posé des questions à l'appellant — Un jury bien instruit en droit, agissant judiciairement, pouvait inscrire un verdict de culpabilité — La Cour d'appel a correctement appliqué l'art. 686(1)(a)(i) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).*

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté un appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Selbie de la Cour de comté. Pourvoi rejeté.

<sup>g</sup> *Barry L. Long*, pour l'appellant.

*Elizabeth Bennett*, pour l'intimée.

<sup>h</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>i</sup> LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Il s'agit d'un appel de plein droit en raison d'une dissidence en Cour d'appel sur un point de droit.

<sup>j</sup> Compte tenu de la fonction d'une cour d'appel en vertu de l'art. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel à la majorité n'a pas commis d'erreur et, après avoir passé en revue à nouveau l'ensemble de la preuve, qu'un jury

instructed jury, acting judicially, could reasonably have entered a conviction.

Accordingly, this appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Bellamy & Long, Vancouver.*

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

bien instruit en droit, agissant judiciairement, pouvait raisonnablement, sur la base de cette preuve, inscrire un verdict de culpabilité.

*a* L'appel est en conséquence rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*b* *Procureurs de l'appelant: Bellamy & Long, Vancouver.*

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

**Antonio Chiarantano** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHIARANTANO

File No.: 21831.

1991: May 8.

Present: La Forest, Sopinka, Cory, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Evidence — Police informer — Whether identity of police informer should be disclosed.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered January 24, 1990, allowing the Crown's appeal from a judgment of Mossop Dist. Ct. J., ordering a stay of proceedings. Appeal dismissed.

*Alan D. Gold*, for the appellant.

*Robert W. Hubbard* and *Fergus O'Donnell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—The Court has reached a decision. Mr. Justice Cory will pronounce the judgment of the Court.

CORY J.—In this case, no ground has been established that would warrant the disclosure of the identity of the informer. The appeal is therefore dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.*

**Antonio Chiarantano** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CHIARANTANO

N<sup>o</sup> du greffe: 21831.

<sup>b</sup> 1991: 8 mai.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Cory, Stevenson et Iacobucci.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Preuve — Indicateur de police — L'identité de l'indicateur de police devrait-elle être dévoilée?*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 24 janvier 1990, qui a accueilli un appel du ministère public contre un jugement du juge Mossop de la Cour de district, qui a ordonné un arrêt des procédures. Pourvoi rejeté.

*Alan D. Gold*, pour l'appellant.

<sup>f</sup> *Robert W. Hubbard* et *Fergus O'Donnell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE LA FOREST—La Cour a pris une décision. Le juge Cory prononcera le jugement de la Cour.

<sup>h</sup> LE JUGE CORY—En l'espèce, aucun motif qui justifierait de dévoiler l'identité de l'indicateur n'a pu être établi. Le pourvoi est donc rejeté.

<sup>i</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Gold & Fuerst, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.*

**Deputy Minister of Revenue of  
Quebec** *Appellant*

**Sous-ministre du Revenu du  
Québec** *Appelant*

v.

a c.

**Société nationale de fiducie** *Respondent*

**Société nationale de fiducie** *Intimée*

and

b et

**National Bank of Canada** *Intervener*

**Banque nationale du Canada** *Intervenante*

INDEXED AS: SOCIÉTÉ NATIONALE DE FIDUCIE v.  
QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE)

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ NATIONALE DE FIDUCIE c.  
c. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU)

File No.: 21842.

N° du greffe: 21842.

1991: May 10.

1991: 10 mai.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Taxation — Trustee — Trustee realizing on security  
provided for in trust deed without notifying Ministère du  
Revenu — Notice of assessment sent to trustee —  
Whether trustee appointed pursuant to Special Corporate  
Powers Act one of the persons provided for in s. 14  
of the Act respecting the Ministère du Revenu — Special  
Corporate Powers Act, R.S.Q., c. P-16 — Act respecting  
the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 14.*

f *Droit fiscal — Fiduciaire — Réalisation des garanties  
prévues à l'acte de fiducie sans en aviser le ministère du  
Revenu — Avis de cotisation envoyé au fiduciaire — Un  
fiduciaire nommé en vertu de la Loi sur les pouvoirs  
spéciaux des corporations est-il l'une des personnes  
visées par l'art. 14 de la Loi sur le ministère du Revenu?  
— Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations,  
L.R.Q., ch. P-16 — Loi sur le ministère du Revenu,  
L.R.Q., ch. M-31, art. 14.*

**Statutes and Regulations Cited**

*Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c.  
M-31, s. 14 [am. 1980, c. 11, s. 66].  
Special Corporate Powers Act, R.S.Q., c. P-16.*

g **Lois et règlements cités**

*Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 14  
[mod. 1980, ch. 11, art. 66].  
h Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations, L.R.Q.,  
ch. P-16.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of  
Appeal, [1990] R.J.Q. 92, reversing a judgment of the  
Provincial Court, [1986] R.D.F.Q. 232. Appeal dis-  
missed.

i POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du  
Québec, [1990] R.J.Q. 92, qui a infirmé un jugement  
de la Cour provinciale, [1986] R.D.F.Q. 232. Pourvoi  
rejeté.

*Pierre Séguin and Yves Ouellette, for the appellant.*

*Pierre Séguin et Yves Ouellette, pour l'appelant.*

*Alain Robichaud and Gilles Godin, Q.C., for the  
respondent.*

j *Alain Robichaud et Gilles Godin, c.r., pour l'inti-  
mée.*

*Pierre Lepage and Laurent M. Themens, for the interveners.*

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J.—The appeal is dismissed with costs. We are all in agreement with LeBel J.A. of the Quebec Court of Appeal, for the reasons he gives in his judgment, that a trustee appointed pursuant to the *Special Corporate Powers Act*, R.S.Q., c. P-16, is not one of the persons provided for in s. 14 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, as worded at the time of the notice of assessment in this case.

It is therefore not necessary for us to consider the scope of the words “payable out of” found in s. 14.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Ouellette, Desruisseaux, Veillette, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: de Granpré, Godin, Montréal.*

*Solicitors for the interveners: McCarthy, Tétrault, Montréal; Leduc, LeBel, Montréal.*

*Pierre Lepage et Laurent M. Themens, pour l'intervenante.*

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le pourvoi est rejeté avec dépens. Nous sommes tous d'accord avec le juge LeBel de la Cour d'appel du Québec et pour les motifs qu'il énonce dans son jugement qu'un fiduciaire nommé en vertu de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q., ch. P-16, n'est pas une des personnes prévues à l'art. 14 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31, tel que rédigé à l'époque de l'avis de cotisation dans la présente cause.

Il n'est donc pas nécessaire de nous prononcer sur la portée des mots «payables sur» que l'on retrouve à l'art. 14.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Ouellette, Desruisseaux, Veillette, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: de Granpré, Godin, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante: McCarthy, Tétrault, Montréal; Leduc, LeBel, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**P. L. S.** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. S. (P.L.)

File No.: 22012.

1991: January 25; 1991: May 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Criminal law — Sexual assault — Interpretation of what constitutes offence — Accused convicted of seven counts of sexual assault — Trial judge erring by considering cumulative effect of evidence on each count — Court of Appeal overturning convictions — Whether Court of Appeal misinterpreted Chase decision — Whether convictions can be restored despite trial judge's error — Whether new trial should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).*

*Criminal law — Appeal — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of seven counts of sexual assault — Trial judge erring by considering cumulative effect of evidence on each count — Court of Appeal misinterpreting Chase decision and overturning convictions — Whether convictions can be restored despite trial judge's error — Whether new trial should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).*

Respondent, a school teacher, was charged with sexual assault of seven of his male pupils, who were nine and ten years old when the incidents occurred. He was convicted on all seven counts, two of which involved allegations of penile touching. The majority of the Court of Appeal found that the trial judge had erred by considering the cumulative effect of the evidence of all the complainants in determining the respondent's guilt on

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **P. L. S.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (P.L.)

N<sup>o</sup> du greffe: 22012.<sup>b</sup> 1991: 25 janvier; 1991: 16 mai.<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

*Droit criminel — Agression sexuelle — Interprétation de ce qui constitue l'infraction — L'accusé a été reconnu coupable quant à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle — Le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages relativement à chaque chef d'accusation — La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle mal interprété l'arrêt Chase? — Les déclarations de culpabilité peuvent-elles être rétablies malgré l'erreur du juge du procès? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i), (ii), b)(ii), (iii), (2).*

*Droit criminel — Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — L'accusé a été reconnu coupable quant à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle — Le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages relativement à chaque chef d'accusation — La Cour d'appel a mal interprété l'arrêt Chase et a annulé les déclarations de culpabilité — Les déclarations de culpabilité peuvent-elles être rétablies malgré l'erreur du juge du procès? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i), (ii), b)(ii), (iii), (2).*

<sup>i</sup> L'intimé, qui est instituteur, a été accusé d'avoir agressé sexuellement sept garçons qui étaient ses élèves et qui avaient neuf ou dix ans lorsque les incidents se sont produits. Il a été reconnu coupable quant aux sept chefs d'accusation dont deux comportaient des allégations d'attouchement au pénis. La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des



each count, owing to a misapplication of the similar facts rule. It also found that an objective assessment of the circumstances did not support any inference of sexual intent or gratification on respondent's part and that the evidence relevant to each charge was insufficient to sustain any of the convictions. It entered acquittals on all counts. The minority would have maintained the convictions on the two counts involving penile touching. This is a Crown appeal from the acquittals on these two counts.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

By concluding that sexual assault was not established because there was insufficient proof of sexual motivation, the majority of the Court of Appeal in effect converted the offence of sexual assault to one of specific intent, contrary to this Court's decision in *Chase*, which held that the offence is one of general intent and that the intent of the person committing the act is only one of the factors to be considered in determining whether the overall conduct had a sexual context.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ.: The Court has no jurisdiction to restore the convictions and should direct a new trial in this case. The Court of Appeal's role in an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* is to determine whether on the facts that were before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The exercise of this power is predicated on the accused's having had a proper trial on legally admissible evidence accompanied by instructions that are correct in law. If the Court of Appeal finds an error of law with the result that the accused has not had a trial in which the legal rules have been observed, then the accused is entitled to an acquittal or a new trial in accordance with the law. The court cannot substitute its opinion for that of the trial court that the evidence proves guilt beyond a reasonable doubt, except where the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. If a Court of Appeal had the power to decide an appeal in which evidence was improperly admitted at trial by

témoignages de tous les plaignants pour décider de la culpabilité de l'intimé relativement à chaque chef d'accusation, en raison d'une application fautive de la règle des faits similaires. Elle a également conclu qu'un examen objectif des circonstances ne permettait pas de conclure à l'existence d'une intention ou d'un plaisir d'ordre sexuel de la part de l'intimé et que la preuve pertinente à chaque chef d'accusation n'était pas suffisante pour étayer les déclarations de culpabilité. Elle a inscrit des verdicts d'acquiescement pour tous les chefs d'accusation. Le juge dissident aurait confirmé les déclarations de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation comportant des attouchements au pénis. Ce pourvoi est interjeté par le ministère public contre les acquittements relatifs à ces deux chefs d'accusation.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

En concluant que l'agression sexuelle n'avait pas été prouvée à cause de l'insuffisance de preuve de motivation sexuelle, la Cour d'appel, à la majorité, a, en réalité, transformé l'infraction d'agression sexuelle en une infraction requérant une intention spécifique, contrairement à l'arrêt *Chase* de notre Cour, où l'on a statué que l'infraction en est une requérant une intention générale et que l'intention de la personne qui accomplit l'acte n'est qu'un des facteurs dont il faut tenir compte pour savoir si l'ensemble de la conduite avait un contexte sexuel.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin: La Cour n'a pas compétence pour rétablir les déclarations de culpabilité et elle devrait ordonner un nouveau procès en l'espèce. Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, la fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si, d'après les faits soumis au juge des faits, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pouvait déclarer l'accusé coupable. L'exercice de ce pouvoir suppose que l'accusé a subi un procès régulier fondé sur une preuve qui était légalement admissible et qui était assortie de directives correctes en droit. Si la Cour d'appel conclut qu'il y a eu erreur de droit faisant en sorte que l'accusé n'a pas subi un procès conforme aux règles de droit, alors l'accusé a droit à un acquiescement ou à un nouveau procès conformément à la loi. La cour ne peut pas substituer son avis à celui du tribunal de première instance que la preuve établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, sauf si la preuve est à ce point accablante que le juge des faits

determining whether the balance of the evidence could or ought to result in a conviction, there would be no necessity for the Crown to resort to the more onerous curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. This would effectively emasculate this provision. This Court is subject to the same limitation in this respect as the Court of Appeal. In this case the Court of Appeal found that an error of law had been committed at trial by reason of the improper admission of similar fact evidence. Clearly it was not of the opinion that a conviction was inevitable on the admissible evidence, and quite properly so. If the Court of Appeal had made a correct assessment of the evidence, it was bound to allow the appeal and order a new trial.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. (dissenting in part): If the majority of the Court of Appeal had considered the appropriate question of whether the touching was committed in circumstances of a sexual nature, its conclusion with regard to the counts involving penile touching would have been different. The convictions on these counts should therefore be restored. The trial judge appeared to consider the evidence of all the complainants together and to use it cumulatively to bolster his findings on each count. He nevertheless properly instructed himself on the need to consider each count separately and to make his determination in relation to that count. He carefully reviewed and assessed the evidence of every complainant individually and his independent findings as to credibility appear to be untainted by his global consideration of the evidence. He found the boys to be honest and truthful and was convinced beyond a reasonable doubt that they were telling the truth. This overrides any errors he may have made with regard to the cumulative effect of their testimony. The trial judge's findings were not only reasonable, but correct. Even when considered separately, the testimony of the two boys involved provides a firm evidentiary basis for the respondent's conviction on the counts in question.

conclurait forcément à la culpabilité. Si une cour d'appel avait le pouvoir de trancher un appel dans une affaire où des éléments de preuve ont été utilisés à tort au procès, en décidant si ce qui reste de preuve pourrait ou devrait entraîner une déclaration de culpabilité, il ne serait pas nécessaire pour le ministère public d'avoir recours aux dispositions réparatrices plus onéreuses du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Cela aurait pour effet d'émasculer la disposition réparatrice. Notre Cour est, sous ce rapport, sujette à la même restriction que la Cour d'appel. En l'espèce, la Cour d'appel a constaté qu'une erreur de droit avait été commise lors du procès en raison de l'utilisation irrégulière de la preuve de faits similaires. Manifestement, la cour n'a pas été d'avis qu'une déclaration de culpabilité était inévitable d'après la preuve admissible, et ce, tout à fait à bon droit. Si la Cour d'appel avait évalué correctement la preuve, elle aurait nécessairement dû accueillir l'appel et ordonner un nouveau procès.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory (dissidents en partie): Si la Cour d'appel à la majorité s'était posée la question pertinente de savoir si les attouchements avaient été commis dans des circonstances de nature sexuelle, sa conclusion au sujet des chefs d'accusation relatifs à des attouchements au pénis aurait été différente. Les déclarations de culpabilité prononcées relativement à ces chefs d'accusation devraient donc être rétablies. Le juge du procès semble avoir tenu compte des témoignages de tous les plaignants pris ensemble et s'être servi de ces témoignages de façon cumulative pour étayer ses conclusions à l'égard de chaque chef d'accusation. Néanmoins, il s'est légitimement rappelé la nécessité d'examiner chaque chef d'accusation séparément et d'arriver à une conclusion pour chaque chef d'accusation. Il a soigneusement examiné et évalué le témoignage de chacun des plaignants, pris individuellement, et ses conclusions indépendantes relativement à la crédibilité ne paraissent pas avoir été viciées par son examen global de la preuve. Il a trouvé que les garçons étaient sincères et qu'ils avaient dit la vérité, et il était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'ils disaient la vérité. Ceci l'emporte sur toutes les erreurs qu'il peut avoir commises relativement à l'effet cumulatif de leurs témoignages. Les conclusions du juge du procès étaient non seulement raisonnables, mais elles étaient justes. Même pris séparément, les témoignages des deux garçons concernés fournissent un fond de preuve solide pour déclarer l'intimé coupable relativement aux chefs d'accusation en cause.

**Cases Cited**

By Sopinka J.

**Referred to:** *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393.

By Cory J. (dissenting in part)

*R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181, 262 A.P.R. 181, 57 C.C.C. (3d) 531, allowing the accused's appeal from his convictions on seven counts of sexual assault. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting in part.

*J. Thomas Eagan*, for the appellant.

*Thomas J. Burke*, for the respondent.

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

SOPINKA J.—I have read the reasons of Justice Cory herein and while I agree that the appeal must be allowed I cannot agree with his disposition of the case. In my opinion we cannot restore the convictions but are obliged to direct a new trial. The point of disagreement raises an important question with respect to the powers of the Court of Appeal and of this Court.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393.

<sup>b</sup> Citée par le juge Cory (dissident en partie)

*R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

<sup>c</sup> **Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i), (ii), b)(ii), (iii), (2).

<sup>d</sup> *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181, 262 A.P.R. 181, 57 C.C.C. (3d) 531, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre les déclarations de culpabilité prononcées contre lui relativement à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents en partie.

*J. Thomas Eagan*, pour l'appelante.

<sup>g</sup> *Thomas J. Burke*, pour l'intimé.

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

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs de jugement du juge Cory en l'espèce et, bien que je partage son opinion qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, je ne puis être d'accord avec sa façon de trancher l'affaire. À mon avis, nous ne pouvons pas rétablir les déclarations de culpabilité et nous sommes tenus d'ordonner un nouveau procès. Ce point de désaccord soulève une importante question au sujet des pouvoirs de la Cour d'appel et de notre Cour.

The majority of the Court of Appeal (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181, decided that the trial judge had erred in considering the cumulative effect of the evidence which was led with relation to all of the counts for the purposes of determining the guilt of the accused in respect of an individual count. The alleged error was based on a misapplication of the similar facts rule. The Court of Appeal then considered the evidence which was adduced in relation to each count, and, based on what Cory J. has found to be an erroneous application of *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, concluded that there was no evidence from which an inference of sexual intent or gratification could be drawn on an objective assessment. The majority, therefore, acquitted the respondent on all seven counts on the ground that the verdicts of guilt were unreasonable and could not be supported by the evidence.

Goodridge C.J.N. disagreed with the majority as to the result of two of the counts. He stated that in his view, "the evidence supports two of the convictions" (p. 185). It is not clear whether he was referring to the evidence considered by the trial judge or the evidence considered by the majority. The dissent on this point is the sole basis for the appeal as of right to this Court by the Crown. Goodridge C.J.N. then went on to consider the question of the admissibility of similar acts evidence. While he did not necessarily disagree with the majority, he left this issue unresolved. He would have asked for further argument on this point and if some of the evidence was ruled inadmissible he would have directed a new trial. In the result he would have allowed the appeal on counts 1, 3, 4, 5 and 6 and asked for further argument on counts 2 and 7.

It is apparent from this recital of the proceedings that it is not clear as to what was the precise disagreement on a point of law on which the appeal as of right to this Court is based. No issue was made of this by the respondent and I do not propose to do so. I point out, as did Cory J., that no appeal was taken

La Cour d'appel a décidé, à la majorité (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181, que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des éléments de preuve présentés à l'égard de tous les chefs d'accusation afin de déterminer si l'accusé était coupable quant à chaque chef d'accusation. L'erreur reprochée découlerait d'une application fautive de la règle des faits similaires. La Cour d'appel a ensuite examiné la preuve soumise quant à chaque chef d'accusation et, se basant sur une application de l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, application que le juge Cory a jugé erronée, elle a conclu qu'une évaluation objective de la preuve ne permettait pas de conclure à l'existence d'une intention ou d'un plaisir d'ordre sexuel. La cour, à la majorité, a donc acquitté l'accusé quant à tous les sept chefs d'accusation pour le motif que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables et ne pouvaient pas s'appuyer sur la preuve.

Le juge en chef Goodridge de Terre-Neuve était dissident quant à l'issue de deux chefs d'accusation. Il a affirmé qu'à son avis [TRADUCTION] «la preuve justifie deux des déclarations de culpabilité» (p. 185). Il n'est pas clair s'il voulait parler de la preuve analysée par le juge du procès ou de celle analysée par la Cour d'appel à la majorité. La dissidence sur ce point est le seul fondement du pourvoi de plein droit formé devant notre Cour par le ministère public. Le juge en chef Goodridge a alors poursuivi en s'interrogeant sur l'admissibilité de la preuve d'actes similaires. Quoiqu'il n'ait pas été nécessairement en désaccord avec la majorité, il n'a pas tranché la question. Il aurait exigé des plaidoiries supplémentaires sur ce point et, si une partie de la preuve avait été jugée inadmissible, il aurait ordonné un nouveau procès. En fin de compte, il aurait accueilli l'appel quant aux premier, troisième, quatrième, cinquième et sixième chefs d'accusation et aurait demandé d'autres plaidoiries relativement aux deuxième et septième chefs d'accusation.

Il ressort de ce récit du déroulement des procédures qu'on ne peut déterminer avec précision quel était le désaccord sur un point de droit qui a servi de fondement au pourvoi de plein droit devant notre Cour. L'intimé n'a pas débattu ce point et je n'ai pas l'intention de le faire non plus. Je souligne, comme

from the decision of the Court of Appeal on the inadmissibility of the similar facts evidence and we must deal with this appeal on that basis.

### The Issue

The issue which I wish to address in this case is whether, on an appeal from a conviction of a criminal offence, a Court of Appeal which finds an error of law in the proceedings at trial resulting in the admission of inadmissible evidence can then dismiss the appeal on the basis that, in the opinion of the Court of Appeal, the residue of admissible evidence is sufficient to convict the accused. In my view, in these circumstances the Court of Appeal has no power to convict on the basis of its own opinion unless the Crown discharges the burden of establishing that the verdict would necessarily have been the same had the impugned evidence not been admitted. If this burden is not discharged, the Court of Appeal must either acquit or, if there is sufficient evidence on which a jury properly instructed and acting reasonably could convict, direct a new trial.

### Legislation

The powers of the Court of Appeal are set out in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686:

**686.** (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 trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

- (i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,
- (ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or
- (iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

l'a fait le juge Cory, que la décision de la Cour d'appel quant à l'inadmissibilité de la preuve de faits similaires n'a pas été portée en appel et que nous devons trancher le pourvoi en fonction de cette situation.

### La question en litige

La question que je veux aborder ici est de savoir si, lors de l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité d'une infraction criminelle, la cour d'appel, qui constate qu'il y a eu dans les procédures du procès une erreur de droit entraînant l'utilisation d'éléments de preuve inadmissibles, peut par la suite rejeter l'appel parce qu'à son avis la partie admissible de la preuve suffit pour faire déclarer l'accusé coupable. À mon avis, dans ces circonstances, la cour d'appel n'a pas le pouvoir de déclarer quelqu'un coupable, en fonction de sa propre opinion, à moins que le ministre public ne se soit acquitté du fardeau de prouver que le verdict aurait nécessairement été le même si les éléments de preuve contestés n'avaient pas été utilisés. Si cette preuve n'est pas faite, la cour d'appel doit soit acquitter l'accusé, soit ordonner un nouveau procès s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, puisse déclarer l'accusé coupable.

### Les dispositions législatives

Les pouvoirs de la cour d'appel sont énoncés à l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46:

**686.** (1) Lors de l'audition de l'appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant 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, selon le cas:

- (i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,
- (ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,
- (iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

(b) may dismiss the appeal where

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),<sup>a</sup>

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, or<sup>b</sup>

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;<sup>c</sup>

. . .

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or<sup>e</sup>

(b) order a new trial.

### Power of a Court of Appeal

In an appeal founded on s. 686(1)(a)(i) the court is engaged in a review of the facts. The role of the Court of Appeal is to determine whether on the facts that were before the trier of fact a jury properly instructed and acting reasonably could convict. The court reviews the evidence that was before the trier of fact and after re-examining and, to some extent, reweighing the evidence, determines whether it meets the test. See *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168. The appeal is a prognosis as to what a jury would do not on the basis of a version of the facts that the court determines was properly admissible, but on the basis of the evidence that was in fact before them. The exercise of this power is predicated on the accused having had a proper trial on legally admissible evidence accompanied by instructions that are correct in law. The Court of Appeal may disagree with the verdict but provided that the accused has had a trial in which the legal rules have been observed, no com-

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appellant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appellant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

. . .

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement;

b) ordonne un nouveau procès.

### f Pouvoir de la cour d'appel

Lors d'un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)a)(i), la cour procède à un examen des faits. La fonction de la cour d'appel consiste à déterminer si, d'après les faits soumis au juge des faits, un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pouvait déclarer l'accusé coupable. La cour analyse la preuve qui a été présentée au juge des faits et, après l'avoir réexaminée et, dans une certaine mesure, réévaluée, décide si la preuve satisfait à ce critère. Voir l'arrêt *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168. L'appel est un pronostic de ce que le jury ferait non pas en fonction d'une version des faits qui, selon la cour, était régulièrement admissible, mais en fonction des éléments de preuve qui lui ont été effectivement soumis. L'exercice de ce pouvoir suppose que l'accusé a subi un procès régulier fondé sur une preuve qui était légalement admissible et qui était assortie de directives correctes en droit. La cour d'appel peut ne pas être d'accord avec le verdict, mais pourvu que

plaint can be upheld if there is, on the evidence, a reasonable basis for the verdict.

On the other hand, if the Court of Appeal finds an error of law with the result that the accused has not had a trial in which the legal rules have been observed, then the accused is entitled to an acquittal or a new trial in accordance with the law. The latter result will obtain if there is legally admissible evidence on which a conviction could reasonably be based. The court cannot substitute its opinion for that of the trial court that the evidence proves guilt beyond a reasonable doubt because the accused is entitled to that decision from a trial judge or jury who have all the advantages that have been so often conceded to belong to the trier of fact. If the Court of Appeal were to make that decision the accused would be deprived of a trial to which he or she is entitled, first, by reason of the abortive initial trial and second by the Court of Appeal. There is, however, an exception to this rule in a case in which the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction. These limitations on the powers of the Court of Appeal are the result of the combined effect of s. 686(1)(a)(ii), (b)(ii) and (iii) and s. 686(2). By virtue of s. 686(1)(b)(ii) the Court of Appeal cannot dismiss the appeal if it has found an error of law unless the curative provision embodied in s. 686(1)(b)(iii) applies. If the appeal is not dismissed it must be allowed, and pursuant to the provisions of s. 686(2) either an acquittal or a new trial must be ordered.

In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, the Court of Appeal found an error of law in the charge to the jury but applied the curative section of the *Code* to dismiss the appeal. The respondent Crown invited this Court to weigh the evidence which tended to show that the accused was guilty beyond a

l'accusé ait subi un procès conforme aux règles de droit, aucun recours n'est recevable si, d'après la preuve, il existe une justification raisonnable du verdict.

a

Par ailleurs, si la cour d'appel conclut qu'il y a eu erreur de droit faisant en sorte que l'accusé n'a pas subi un procès conforme aux règles de droit, alors l'accusé a droit à un acquittement ou à un nouveau procès conformément à la loi. Ce dernier résultat se produira s'il existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité. La cour ne peut pas substituer son avis à celui du tribunal de première instance que la preuve établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, parce que l'accusé a droit à ce que cette décision soit rendue par un juge du procès ou un jury qui a tous les avantages qu'on a si souvent reconnus au juge des faits. Si la cour d'appel prenait cette décision, l'accusé serait privé d'un procès auquel il a droit, d'abord à cause du premier procès irrégulier qu'il a subi, et ensuite en raison de la cour d'appel. Il existe cependant une exception à cette règle lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l'accusé d'un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité. Ces limites imposées aux pouvoirs de la cour d'appel découlent de l'effet conjugué des sous-al. 686(1)a(ii), b(ii) et (iii) et du par. 686(2). En vertu du sous-al. 686(1)b(ii), la cour d'appel ne saurait rejeter l'appel si elle conclut qu'il y a eu erreur de droit, sauf si la disposition réparatrice contenue au sous-al. 686(1)b(iii) s'applique. Si l'appel n'est pas rejeté, il doit être accueilli et, conformément au par. 686(2), il faut ordonner soit un acquittement soit un nouveau procès.

i

Dans l'arrêt *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, la cour d'appel a constaté une erreur de droit dans les directives données au jury, mais elle a appliqué la disposition réparatrice du *Code* pour rejeter l'appel. Le ministère public intimé a invité notre Cour à évaluer la preuve qui tendait à établir que

j

reasonable doubt. In refusing to accede to this invitation Cartwright J. (as he then was) stated, at p. 744:

... once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred. The satisfaction of this onus is a condition precedent to the right of the Appellate Court to apply the terms of the subsection at all. . . .

Under our system of law a man on trial for his life is entitled to the verdict of a jury which has been accurately and adequately instructed as to the law. The construction of s. 592(1)(b)(iii) contended for by the Crown in this case would transfer from the jury to the Court of Appeal the question whether the evidence established the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. To adapt the words of Lord Herschell in *Makin v. Attorney General for New South Wales*, the judges would in truth be substituted for the jury, the verdict would become theirs and theirs alone, and would be arrived at upon a perusal of the evidence without any opportunity of seeing the demeanour of the witnesses and weighing the evidence with the assistance which this affords. [Emphasis added; references omitted.]

Spence J. expressed this limitation on the role of an appeal court in the following language, at p. 756:

I am of the opinion that this Court cannot place itself in the position of a jury and weigh these various pieces of evidence. If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of s. 592(1)(b)(iii) to affirm a conviction. [Emphasis added.]

*Colpitts* has been consistently applied by this Court. *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, involved a situation analogous to the case at bar. Evidence was improperly admitted and a new trial was ordered by this Court on the ground that the appellate court should not "retry the case to assess the worth of the residual evidence after the improperly adduced evidence has been extracted from the record" (pp. 481-82). *Colpitts* was followed most recently in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, and in *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393.

l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable. Refusant de se rendre à cette invitation, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) dit, à la p. 744:

[TRADUCTION] . . . une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite. Satisfaire à cette obligation est une condition préalable au droit de la cour d'appel d'appliquer les dispositions de l'alinéa. . .

En vertu de notre système de droit, une personne qui subit son procès où sa vie est en jeu a droit au verdict d'un jury qui a été bien instruit du droit. L'interprétation du sous-al. 592(1)(b)(iii) que propose le ministère public en l'espèce aurait pour effet de transférer du jury à la cour d'appel la question de savoir si la preuve établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Selon ce que dit lord Herschell dans l'arrêt *Makin v. Attorney General for New South Wales*, en réalité, les juges remplaceraient le jury, le verdict deviendrait leur verdict et leur verdict uniquement, et il découlerait d'une lecture attentive de la preuve qu'ils auraient faite sans avoir eu l'occasion de voir le comportement des témoins et d'évaluer la preuve avec l'avantage qui en découle. [Je souligne; références omises.]

Le juge Spence énonce cette restriction à la fonction de la cour d'appel dans les termes suivants, à la p. 756:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que cette Cour ne peut se substituer au jury et évaluer les divers éléments de la preuve. S'il y a la moindre possibilité que douze hommes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, alors cette Cour ne devrait pas appliquer les dispositions du sous-al. 592(1)(b)(iii) pour confirmer une déclaration de culpabilité. [Je souligne.]

Notre Cour a appliqué l'arrêt *Colpitts* de façon constante. L'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, porte sur une situation semblable à celle de l'espèce. Des éléments de preuve avaient été utilisés à tort et notre Cour a ordonné un nouveau procès pour le motif que la cour d'appel ne devrait pas «juger de nouveau l'affaire pour déterminer la valeur des témoignages qui restent après avoir retiré du dossier ceux offerts illégalement» (pp. 481 et 482). L'arrêt *Colpitts* a été suivi tout récemment dans les arrêts *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, et *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393.



If a Court of Appeal had the power to decide an appeal in which evidence was improperly admitted at trial by determining whether the balance of the evidence could or ought to result in a conviction, there would be no necessity for the Crown to resort to the more onerous curative provisions of s. 686(1)(b)(iii). It would be able to sustain the conviction by persuading the appeal court that there is sufficient evidence to convict or that after weighing the evidence the court ought to convict. This would effectively emasculate the curative provision. By virtue of s. 45 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, the limitation on the powers to which I have referred applies equally to this Court.

#### Application to This Case

The Court of Appeal found that an error of law had been committed at trial by reason of the improper admission of similar fact evidence. In the circumstances, they were obliged to allow the appeal unless on a consideration of the admissible evidence they could conclude that a conviction was inevitable. Clearly they were not of this opinion, and quite properly so. Cory J. has carefully reviewed the evidence and I agree with his conclusion that "there was clearly evidence upon which the convictions could properly be based". Indeed I would not disagree that if I were the trial judge I may have accepted the evidence as proof beyond a reasonable doubt that the accused was guilty. What I cannot say and what Cory J. does not say is that no trial judge properly instructed and acting reasonably could acquit. The majority of the Court of Appeal went further than Cory J. and, after considering the evidence that was admissible, reached the conclusion that it was insufficient to sustain a conviction. The review of the evidence and a correct application of *Chase* in the reasons of Cory J. show that this conclusion was in error. If the Court of Appeal had made a correct assessment of the evidence, they were bound to order a new trial. It would have been no part of the Court of Appeal's function to substitute themselves for the trial judge and determine the guilt or innocence of the accused. In this respect, Goodridge C.J.N. was

Si une cour d'appel avait le pouvoir de trancher un appel dans une affaire où des éléments de preuve ont été utilisés à tort au procès, en décidant si ce qui reste de preuve pourrait ou devrait entraîner une déclaration de culpabilité, il ne serait pas nécessaire pour le ministère public d'avoir recours aux dispositions réparatrices plus onéreuses du sous-al. 686(1)(b)(iii). Il pourrait faire maintenir la déclaration de culpabilité en persuadant la cour d'appel qu'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour prononcer une déclaration de culpabilité ou que, après avoir évalué la preuve, la cour devrait prononcer une déclaration de culpabilité. Cela aurait pour effet d'émasculer la disposition réparatrice. En vertu de l'art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, la restriction apportée aux pouvoirs, à laquelle j'ai fait référence, vaut également pour notre Cour.

#### d Application à la présente affaire

La Cour d'appel a constaté qu'une erreur de droit avait été commise lors du procès en raison de l'utilisation irrégulière de la preuve de faits similaires. Dans ces circonstances, elle était tenue d'accueillir l'appel à moins que, compte tenu de la preuve admissible, elle n'ait pu conclure qu'une déclaration de culpabilité était inévitable. Manifestement, la cour n'a pas été de cet avis, et ce, tout à fait à bon droit. Le juge Cory a soigneusement analysé la preuve et je suis, comme lui, d'avis qu'il «y avait manifestement une preuve qui pouvait justifier des déclarations de culpabilité». En réalité, je ne disconvie pas que, si j'avais été le juge du procès, j'aurais peut-être considéré que les éléments de preuve établissaient hors de tout doute raisonnable que l'accusé était coupable. Ce que je ne saurais affirmer et ce que le juge Cory ne dit pas non plus, c'est qu'aucun juge du procès, bien instruit du droit et agissant raisonnablement, ne pourrait prononcer de verdict d'acquiescement. La Cour d'appel, à la majorité, est allée plus loin que le juge Cory et, après avoir examiné la preuve admissible, elle est arrivée à la conclusion que celle-ci était insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. L'analyse de la preuve et l'application juste de l'arrêt *Chase*, auxquelles le juge Cory procède dans ses motifs, montrent que cette conclusion était erronée. Si elle avait évalué correctement la preuve, la Cour d'appel aurait nécessairement dû ordonner un

right in his approach when he stated that if he found that any of the evidence was admitted in error he would have ordered a new trial.

In his reasons, Cory J. stresses that the trial judge believed the complainants and that this finding is untainted by the similar facts evidence. I am not convinced that the trial judge would have convicted on that evidence. After referring to his findings concerning the credibility of the complainants, the trial judge continued:

But I don't think that's—I don't think I can just stop there and say, well, I find that a person has told the truth and that's it. We have to consider all the evidence.

Now, the seven complainants in this case were not teenagers and are not teenagers. They were around 10 or 11 years old, and I think what is important it was not a case of only one complainant but seven. There was seven complainants who referred to the acts of the accused.

As I have pointed out above, however, whether this trial judge would have convicted is not the appropriate inquiry. The appropriate inquiry, to paraphrase Spence J. in *Colpitts*, is whether there is any possibility that a trial judge would have a reasonable doubt on the admissible evidence. The appellant has not submitted, nor does my colleague Cory J. suggest, that the response to the inquiry would be in the negative. Indeed, the curative provision was not relied on in this case.

I conclude that in the circumstances the Court of Appeal ought to have directed a new trial. This Court has the power to make the order that the Court of Appeal ought to have made. The proper disposition, therefore, is to order a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. were delivered by

nouveau procès. Il n'appartenait pas à la Cour d'appel de se substituer au juge du procès et de se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. À ce sujet, le juge en chef Goodridge a eu raison de dire que, s'il avait conclu qu'un élément quelconque de preuve avait été utilisé erronément, il aurait ordonné un nouveau procès.

Dans ses motifs, le juge Cory souligne que le juge du procès a cru les plaignants et que cette constatation n'est pas viciée par la preuve de faits similaires. Je ne suis pas convaincu que le juge du procès aurait prononcé un verdict de culpabilité à partir de cette preuve. Après avoir parlé de ses conclusions concernant la crédibilité des plaignants, le juge du procès poursuit:

[TRADUCTION] Mais je ne crois pas que ce soit—je ne crois pas que je puisse simplement m'arrêter là et dire «bon je conclus que quelqu'un a dit la vérité et c'est tout». Nous devons tenir compte de toute la preuve.

Maintenant, les sept plaignants en l'espèce n'étaient pas et ne sont pas des adolescents. Ils avaient 10 ou 11 ans environ et je crois que le fait qu'il y ait eu non pas un seul plaignant mais sept en l'espèce est important. Il y avait sept plaignants qui ont parlé des actes de l'accusé.

Comme je l'ai déjà indiqué, cependant, il ne s'agit pas de se demander si ce juge du procès aurait prononcé un verdict de culpabilité. Il faut se demander, pour employer les termes utilisés par le juge Spence dans l'arrêt *Colpitts*, s'il existe une possibilité qu'un juge du procès ait un doute raisonnable d'après les éléments de preuve admissibles. L'appelante n'a pas soutenu, et le juge Cory ne dit pas non plus, que la réponse à cette question devrait être négative. En réalité, la disposition réparatrice n'a pas été invoquée en l'espèce.

Je conclus que, dans les circonstances, la Cour d'appel aurait dû ordonner un nouveau procès. Notre Cour a le pouvoir de rendre l'ordonnance que la Cour d'appel aurait dû rendre. Pour trancher correctement ce pourvoi, il faut donc ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendus par

CORY J. (dissenting in part)—Two issues are raised in this appeal. First, it must be determined whether the majority of the Court of Appeal of Newfoundland erred in its interpretation of what constitutes a sexual assault. The second issue is whether the majority of the Court of Appeal erred in concluding that the verdicts in question were not ones that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered.

### Factual Background

The respondent, a school teacher, was charged with the sexual assault of seven of his male fourth-grade pupils. The boys were nine and ten years of age when the incidents occurred. The assaults were alleged to have taken place in the respondent's classroom during school hours. The counts in relation to two of the boys involved allegations of penile touching. The counts relating to the other five boys pertained to the touching of other parts of the body, particularly the knees and thighs.

At trial, the respondent was convicted on all seven counts. The majority of the Court of Appeal set aside the convictions and directed an acquittal on all counts. Goodridge C.J.N. dissented. He would have maintained the convictions on the counts involving penile touching. The Crown now appeals the acquittals on these two counts as of right.

The first count involved J. M. He testified that when he went up to the respondent's desk at the front of the classroom to obtain assistance with his school work, the respondent touched him on the penis. He said that this happened on a number of occasions and that the touching lasted several seconds each time. J. M. gave evidence that the respondent would rub the back of his hand up and down on his penis and demonstrated the nature of the contact for the court. He also stated that the respondent would put his hand inside his shirt and rub his back.

LE JUGE CORY (dissident en partie)—Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, il faut déterminer si la Cour d'appel de Terre-Neuve, à la majorité, a commis une erreur en interprétant ce qui constitue une agression sexuelle. La deuxième question est de savoir si la Cour d'appel, à la majorité, a commis une erreur en concluant que les verdicts en cause n'étaient pas des verdicts qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu raisonnablement rendre en agissant de façon judiciaire.

### Les faits

L'intimé, qui est instituteur, a été accusé d'avoir agressé sexuellement sept garçons de quatrième année qui étaient ses élèves. Les garçons avaient neuf ou dix ans lorsque les incidents se sont produits. Les agressions seraient survenues dans la classe de l'intimé pendant les heures de cours. Les chefs d'accusation à l'égard de deux garçons comportent des allégations d'attouchement au pénis. Les chefs d'accusation ayant trait aux cinq autres garçons concernent des attouchements à d'autres parties du corps, notamment aux genoux et aux cuisses.

Au procès, l'intimé a été reconnu coupable quant aux sept chefs d'accusation. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné l'acquittement à l'égard de tous les chefs d'accusation. Le juge en chef Goodridge de Terre-Neuve était dissident. Il aurait confirmé les déclarations de culpabilité relativement aux chefs d'accusation comportant des attouchements au pénis. Le ministère public se pourvoit maintenant de plein droit contre les acquittements relatifs à ces deux chefs d'accusation.

Le premier chef d'accusation concerne J. M. Celui-ci a témoigné que lorsqu'il se rendait au pupitre de l'intimé, à l'avant de la classe, pour obtenir de l'aide pour ses travaux scolaires, l'intimé lui touchait le pénis. Il a dit que cela s'était produit à maintes reprises et que les attouchements duraient plusieurs secondes chaque fois. J. M. a affirmé que l'intimé lui frottait le pénis du revers de la main, dans un mouvement de haut en bas, et il a montré à la cour la façon dont les attouchements s'effectuaient. Il a aussi affirmé que l'intimé entraînait sa main dans sa chemise et lui frottait le dos.

The other count related to D. T. He testified that when he went up to the respondent's desk, the respondent would rub his open hand across his penis. He said that this had happened more than once. He too demonstrated the manner of the rubbing.

The respondent did not deny that the incidents related by the boys might have occurred, but he could not recall them. He acknowledged that he may have made accidental contact with the boys at the times that they described. However, he stated that any contact took place within the context of his normal teaching method. He said that he used touching as a form of encouragement, assistance or reprimand. The respondent testified that he had never knowingly touched a pupil in the genital area and denied that he had rubbed the boys in the manner they described. At the same time, he stated that he could not say that the boys were lying and acknowledged that there was no reason to believe that they would be dishonest, vicious or vindictive.

#### Decision of the Trial Judge

The trial judge, not unreasonably, was of the view that there was no real conflict between the evidence of the boys and that of the respondent. He considered the only issue in dispute between the Crown and defence to be whether the touching of the boys by the respondent was sexual in nature.

At the outset of his reasons, the trial judge proceeded in an impeccable manner. He stated that he had to consider each count and the evidence of each complainant separately and determine whether a sexual assault had been committed in each case. He instructed himself on several occasions that the Crown was required to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt on each of the seven counts.

However, despite these initial admonitions, the trial judge appeared to rely upon the cumulative effect of the evidence, using the evidence of all of the complainants to bolster his findings in relation to each count. He seemed to emphasize the fact that

L'autre chef d'accusation concerne D. T. Celui-ci a témoigné que lorsqu'il se rendait au pupitre de l'intimé, celui-ci lui frottait le pénis avec la main ouverte. Il a dit que la chose s'était produite plus d'une fois. Lui aussi a montré comment les attouchements étaient effectués.

L'intimé n'a pas nié que les incidents rapportés par les garçons puissent s'être produits, mais il ne pouvait s'en rappeler. Il a reconnu qu'il pouvait avoir touché accidentellement aux garçons aux moments dont ils ont fait mention. Cependant, il a affirmé que tous les contacts ont eu lieu dans le cadre de sa méthode normale d'enseignement. Il a dit qu'il avait l'habitude de toucher comme forme d'encouragement, d'aide ou de réprimande. L'intimé a témoigné qu'il n'avait jamais sciemment touché les parties génitales d'un élève et il a nié avoir frotté les élèves de la manière qu'ils ont décrite. En même temps, il a affirmé qu'il ne pouvait pas dire que les garçons mentaient et il a reconnu qu'il n'y avait pas de motif de croire qu'ils étaient malhonnêtes, méchants ou vindicatifs.

#### La décision du juge du procès

Le juge du procès a été d'avis, ce qui n'était pas déraisonnable, qu'il n'y avait pas de contradiction véritable entre les témoignages des garçons et celui de l'intimé. Il a estimé que le seul point en litige entre le ministère public et la défense était de savoir si les attouchements des garçons par l'intimé étaient de nature sexuelle.

Au début des motifs de sa décision, le juge du procès a procédé d'une manière impeccable. Il a affirmé qu'il avait dû prendre en considération chaque chef d'accusation et le témoignage de chaque plaignant séparément, pour décider s'il y avait eu agression sexuelle dans chaque cas. Il a rappelé à plusieurs occasions que le ministère public était tenu de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable quant à chacun des sept chefs d'accusation.

Cependant, malgré ces avertissements initiaux, le juge du procès paraît s'être fondé sur l'effet cumulatif de la preuve, en se servant des témoignages de tous les plaignants pour étayer ses conclusions relativement à chaque chef d'accusation. Il a semblé insister

there were seven complainants who all told generally the same story. The problematic passages in his reasons are as follows:

Now, the seven complainants in this case were not teenagers and are not teenagers. They were around 10 or 11 years old, and I think what is important it was not a case of only one complainant but seven. There was seven complainants who referred to the acts of the accused. The - I'm not sure if it's seven, but most of them got down here in the Courtroom and sat by the Court Clerk and also showed the lawyers the acts. They described the acts. And in their testimony, both in examination in chief by Mr. Henheffer and by Mr. Burke, they - we recall that their evidence, they - on the act complained of, they did not change their evidence.

. . . .

And these seven were not teenagers and not a case of one but seven referring to acts of several times.

. . . .

The seven witnesses I've stated referred to the rubbing and showed how it was done. It was not a brief touching, but evidence of up and down and not a glancing blow. It happened more than once. Now, if you had one witness and you had one act, it may say - you may say, well, okay, there could have been a misconstruing; but when you have seven witnesses describing several times and an accused saying it may have been done and describing it, and at the age of 9 and 10, you know, is that misconstruction or misconstruing? [Emphasis added.]

At the same time, the trial judge made careful and significant findings with regard to the evidence of the young boys. He found them to be forthright and responsive. Then, stating that he was convinced beyond a reasonable doubt that the seven boys told the truth, he convicted the respondent on all seven counts.

sur le fait qu'il y avait sept plaignants qui disaient tous sensiblement la même chose. Les passages de ses motifs qui soulèvent des problèmes sont les suivants:

a

[TRADUCTION] Maintenant, les sept plaignants en l'espèce n'étaient pas et ne sont pas des adolescents. Ils avaient 10 ou 11 ans environ et je crois que le fait qu'il y ait eu non pas un seul plaignant mais sept en l'espèce est important. Il y avait sept plaignants qui ont parlé des actes de l'accusé. Le - je ne suis pas certain s'il y en a eu sept, mais la plupart d'entre eux se sont rendus ici dans la salle d'audience, ont pris place près du greffier et ont expliqué aux avocats la façon dont les actes ont été accomplis. Ils ont décrit les actes. Et dans leurs témoignages, aussi bien au cours de l'interrogatoire principal effectué par M<sup>e</sup> Henheffer que pendant l'interrogatoire mené par M<sup>e</sup> Burke, ils - nous nous souvenons que leurs témoignages, ils - sur l'acte reproché, ils n'ont pas modifié leurs témoignages.

c

d

e Et les sept n'étaient pas des adolescents et il ne s'agit pas en l'espèce d'une personne, mais bien de sept personnes parlant d'actes qui ont été répétés plusieurs fois.

. . . .

f

Les sept témoins ont parlé du frottement et ils ont indiqué comment il était fait. Ce n'était pas un attouchement bref, mais il était fait mention de mouvements de haut en bas et non d'un effleurement. Il s'est produit plus d'une fois. Bon, si vous aviez eu un seul témoin et si vous aviez eu un seul acte, on pourrait dire - vous pourriez dire, très bien, d'accord, il peut y avoir eu malentendu; mais quand vous avez sept témoins qui parlent de plusieurs accomplissements d'un acte et un accusé qui dit que ça peut être arrivé et qui décrit cet acte et, à l'âge de 9 ou 10 ans, vous savez, est-ce un malentendu ou une méprise? [Je souligne.]

g

h

i En même temps, le juge du procès est arrivé à des conclusions réfléchies et importantes au sujet des témoignages des jeunes garçons. Il les a trouvés francs et réceptifs. Puis, affirmant qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que les sept garçons avaient dit la vérité, il a déclaré l'intimé coupable relativement aux sept chefs d'accusation.

j

Court of Appeal (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181

The majority of the Court of Appeal found that the trial judge had erred by considering the cumulative effect of the evidence of all of the complainants in determining the guilt of the respondent on each count. It took this position although neither written nor oral argument had been submitted on the issue. Goodridge C.J.N. in his minority reasons was of the view that the appeal should not be allowed on this ground without hearing argument on it. His reasons indicate the correct approach. Unfortunately, the Crown has not sought leave to appeal on the issue of whether it was appropriate for the trial judge to take into account the evidence given by the other complainants on each individual count. As a result, this Court cannot consider the question.

The majority held that there was insufficient evidence upon which to base a conviction on any of the counts. It therefore allowed the appeal, set aside the convictions and entered acquittals on all counts.

Goodridge C.J.N. was in agreement with the majority on five counts. However, on the two which involved penile touching, he found that the evidence supported the convictions. Goodridge C.J.N. did state later that, if after further argument it was found that an error was made by the trial judge in considering the cumulative effect of the complainants' evidence, he would send the matter back for a new trial. Nevertheless, his determination that there was evidence upon which the convictions could be based was unequivocal and, in my view, was correct.

Did the Majority of the Court of Appeal Err in its Consideration and Application of *R. v. Chase*?

In *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, this Court set out the proper approach to be taken by courts to the offence of sexual assault. McIntyre J., writing for the

La Cour d'appel (1990), 84 Nfld. & P.E.I.R. 181

La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages de tous les plaignants pour décider de la culpabilité de l'intimé relativement à chaque chef d'accusation. Elle est arrivée à cette conclusion même s'il n'y avait aucune plaidoirie ni écrite, ni orale, sur le sujet. Le juge en chef Goodridge, dans des motifs de dissidence, a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir l'appel pour ce motif sans plaidoirie orale sur celui-ci. Ses motifs de jugement indiquent la bonne méthode à suivre. Malheureusement, le ministère public n'a pas interjeté appel sur la question de savoir si le juge du procès avait bien fait de tenir compte des témoignages rendus par les autres plaignants sur chaque chef d'accusation particulier. En conséquence, notre Cour ne peut examiner cette question.

La Cour d'appel, à la majorité, a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer une déclaration de culpabilité relative à l'un ou l'autre des chefs d'accusation. Elle a donc accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et inscrit des verdicts d'acquiescement pour tous les chefs d'accusation.

Le juge en chef Goodridge partageait l'avis de la majorité quant à cinq chefs d'accusation. Cependant, au sujet des deux chefs qui comportaient des attouchements au pénis, il a conclu que la preuve justifiait les déclarations de culpabilité prononcées. Le juge en chef Goodridge affirme plus loin que, si après d'autres plaidoiries on concluait que le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages des plaignants, il ordonnerait un nouveau procès en l'espèce. Néanmoins, sa conclusion qu'il y avait des éléments de preuve susceptibles de justifier des déclarations de culpabilité est sans équivoque et, à mon avis, elle est juste.

La Cour d'appel, à la majorité, a-t-elle commis une erreur en examinant et en appliquant l'arrêt *R. c. Chase*?

Dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, notre Cour énonce la façon dont les tribunaux doivent aborder l'infraction d'agression sexuelle. Le juge

Court, held that the test for determining whether a sexual assault has occurred is objective and that the offence is one of general intent. At pages 301-3 he wrote:

To begin with, I agree, as I have indicated, that the test for the recognition of sexual assault does not depend solely on contact with specific areas of the human anatomy. . . . [T]he test for its recognition should be objective.

Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) [now s. 265(1)] of the *Criminal Code* which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer" [citing *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263 (Alta. C.A.)]. The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant . . . . 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.

Implicit in this view of sexual assault is the notion that the offence is one requiring a general intent only. . . . 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.

McIntyre, qui a rédigé les motifs de la Cour, conclut que le critère qui permet de déterminer s'il y a eu une agression sexuelle est un critère objectif et qu'il s'agit d'une infraction requérant une intention générale. Il dit, aux pp. 301 à 303:

Tout d'abord, je conviens, comme je l'ai indiqué, que le critère de reconnaissance de l'agression sexuelle ne dépend pas seulement du contact avec des parties précises de l'anatomie. . . . [L]e critère applicable pour reconnaître cette infraction devrait être objectif.

L'agression sexuelle est une agression, au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au par. 244(1) [aujourd'hui le par. 265(1)] du *Code criminel*, qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif: «Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?» [citation de *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263 (C.A. Alb.)]. La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents . . . 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.

La notion que l'infraction n'exige qu'une intention générale se dégage implicitement de cette conception de l'agression sexuelle. . . 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.

In considering the impugned conduct in the present case, Marshall J.A., writing for the majority of the Newfoundland Court of Appeal, stated (at p. 193):

While mindful of Chase's direction that sexual gratification need not necessarily be present to ground a finding of sexual assault, any more than contact with any specific areas of the human anatomy, I am nevertheless of the opinion that the presence of such a motive must be established in the specific circumstances of this case where contacts of the nature described might be said to be an ordinary daily occurrence without imputation of any sinister connotation. [Emphasis added.]

Later in his reasons, the following appears (at p. 193):

The appellant has emphatically denied that any contact which he had with any student was perpetrated with a sexual intent or for sexual gratification. However, the test to be applied, as set out in Chase, in determining whether his conduct had sexual motivation is primarily an objective one. The appropriate question is whether, viewed in the light of all circumstances, the sexual or carnal context of his actions were visible to a reasonable observer. If so, in the absence of some other credible explanation, the appellant will be deemed to have the criminal intent. [Emphasis added.]

It seems to me that the effect of the first statement is to suggest that in some circumstances, sexual motive will be a legal requirement, in the absence of which a sexual assault cannot be established. This clearly conflicts with the test adopted in *Chase* as set forth above.

With respect, I am of the view that the majority of the Court of Appeal was in error in its discussion of the *Chase* test. That error was compounded when the majority applied its version of the *Chase* test to the facts of this case. The majority directed its inquiry to sexual motivation rather than to the sexual context of the assault. This is clear from the following statement of Marshall J.A. under the heading "Summary and Determination" (at p. 196):

I am of the opinion, therefore, that the evidence relevant to each charge is not sufficient to sustain any of the

Analysant la conduite reprochée en l'espèce, le juge Marshall écrit, au nom des juges formant la majorité de la Cour d'appel de Terre-Neuve (à la p. 193):

[TRADUCTION] Tout en me rappelant la prescription de l'arrêt Chase selon laquelle il n'est pas essentiel qu'il y ait plaisir sexuel pour conclure à l'existence d'une agression sexuelle, pas plus qu'il n'est nécessaire qu'il y ait contact avec certaines parties de l'anatomie humaine, je suis cependant d'avis que la présence d'un tel mobile doit être établie dans les circonstances précises de l'espèce, où les contacts de la nature décrite pourraient être tenus pour un fait normal de la vie courante sans imputation de dessein sinistre. [Je souligne.]

Plus loin dans ses motifs, il ajoute (à la p. 193):

[TRADUCTION] L'appelant a nié avec vigueur que tout contact qu'il a eu avec l'un ou l'autre de ses élèves ait été fait dans un but sexuel ou en vue d'un plaisir sexuel. Cependant, le critère, énoncé dans l'arrêt Chase, qui doit servir à déterminer si sa conduite avait une motivation sexuelle, est avant tout objectif. Il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable pouvait percevoir le contexte sexuel ou charnel de ses actes. Si oui, en l'absence d'autre explication plausible, l'appelant sera réputé avoir eu l'intention criminelle. [Je souligne.]

Il me semble que le premier énoncé a pour effet de laisser entendre que, dans certaines circonstances, le mobile sexuel est une exigence légale et qu'en l'absence de pareil mobile, la preuve d'une agression sexuelle est impossible à faire. Cet énoncé est nettement en contradiction avec le critère de l'arrêt *Chase* formulé ci-dessus.

En toute déférence, je suis d'avis que la Cour d'appel, à la majorité, a commis une erreur dans son examen du critère de l'arrêt *Chase*. Cette erreur a été aggravée lorsque la cour à la majorité a appliqué son interprétation du critère de l'arrêt *Chase* aux faits de l'espèce. La cour à la majorité s'est concentrée sur la motivation sexuelle plutôt que sur le contexte sexuel de l'agression. Cela ressort manifestement de l'affirmation que le juge Marshall fait sous la rubrique [TRADUCTION] «Résumé et décision» (à la p. 196):

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis que la preuve pertinente à chaque chef d'accusation n'est pas suffisante



convictions. An objective assessment of the circumstances surrounding the impugned contacts does not support any inference of sexual intent or gratification on the part of the appellant. [Emphasis added.]

By concluding that sexual assault was not established because there was insufficient proof of sexual motivation, the majority in effect converted the offence of sexual assault to one of specific intent. This would, of course, be contrary to *Chase* which held that the offence is one of general intent and established that the intent of the person committing the act is only one of the factors to be considered in determining whether the overall conduct had a sexual context. The appropriate question which had to be considered in this case was whether, notwithstanding the absence of a proven sexual intent, the touching was committed in circumstances of a sexual nature. Had the majority considered that question, its conclusion with regard to the counts involving penile touching would, I believe, have been different.

### Sufficiency of the Evidence

Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides that an appellate court may allow an appeal where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the basis that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence. The section reads as follows:

**686.** (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 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. . .

The effect of this section was considered in *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168. McIntyre J., writing for the Court, set out the principles to be applied by an

pour étayer les déclarations de culpabilité. L'examen objectif des circonstances entourant les attouchements reprochés ne permet pas de conclure à l'existence d'une intention ou d'un plaisir d'ordre sexuel de la part de l'appellant. [Je souligne.]

En concluant que l'agression sexuelle n'avait pas été prouvée à cause de l'insuffisance de preuve de motivation sexuelle, la majorité a, en réalité, transformé l'infraction d'agression sexuelle en une infraction requérant une intention spécifique. Cela est naturellement contraire à l'arrêt *Chase* où l'on a statué que l'infraction en est une requérant une intention générale et que l'intention de la personne qui accomplit l'acte n'est qu'un des facteurs dont il faut tenir compte pour savoir si l'ensemble de la conduite avait un contexte sexuel. La question pertinente à se demander en l'espèce était de savoir si, malgré l'absence de preuve d'intention sexuelle, les attouchements avaient été commis dans des circonstances de nature sexuelle. Si la cour à la majorité s'était posé la question, sa conclusion au sujet des chefs d'accusation relatifs à des attouchements au pénis aurait été, je crois, différente.

### Le caractère suffisant de la preuve

Le sous-alinéa 686(1)a(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, précise qu'une cour d'appel peut accueillir un appel quand elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve. Cette disposition est ainsi formulée:

**686.** (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, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve . . .

L'effet du sous-alinéa a été analysé dans l'arrêt *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168. Le juge McIntyre y énonce, au nom de notre Cour, les principes qu'une

appellate court when acting pursuant to the provisions of s. 686. He wrote at p. 186:

The function of the Court of Appeal, under s. 613(1)(a)(i) [now s. 686(1)(a)(i)] of the *Criminal Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The Court must determine on the whole of the evidence whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. While the Court of Appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the Court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence.

*Yebes* also addressed the position and role of this Court when considering the application of the sufficiency provision. McIntyre J. stated (at p. 186):

This Court, in considering an appeal where the sole issue raised is the application of s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, must put itself in the place of the Court of Appeal and, pursuant to the powers given in s. 623(1) [now s. 695(1)] of the *Code*, consider the matter anew, and if error be found make such order as the Court of Appeal should have made.

It is clear that this Court must determine, upon a reading of all the evidence, whether the verdict is one that a properly instructed trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered. This requires an examination of the evidence and to some extent a reweighing and a reconsideration of the effect of that evidence. Therefore, it is necessary to return to the evidence and the trial judge's findings in relation to it.

J. M. testified that the respondent rubbed the back of his hand up and down on his (J. M.'s) penis. He stated that the rubbing lasted a few seconds and that it occurred on a number of occasions when he went to the teacher's desk to have his work checked. The majority of the Court of Appeal suggested that there was a discrepancy in the child's evidence in that he had recanted and stated that the touching had occurred on only one occasion. With respect, I cannot

cour d'appel doit appliquer lorsqu'elle agit conformément aux dispositions de l'art. 686. Il écrit (à la p. 186):

La fonction de la Cour d'appel, aux termes du sous-al. 613(1)a(i) [aujourd'hui le sous-al. 686(1)a(i)] du *Code criminel*, dépasse la simple conclusion qu'il y a des éléments de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. La Cour doit déterminer d'après l'ensemble de la preuve si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Bien que la Cour d'appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d'appliquer le critère elle doit réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer.

L'arrêt *Yebes* porte aussi sur la position et le rôle de notre Cour au moment d'examiner l'application de la disposition relative au caractère suffisant de la preuve. Le juge McIntyre dit (à la p. 186):

Lorsque cette Cour examine un pourvoi où la seule question soulevée est celle de l'application du sous-al. 613(1)a(i) du *Code*, elle doit se mettre à la place de la Cour d'appel et, en conformité des pouvoirs attribués dans le par. 623(1) [aujourd'hui le par. 695(1)] du *Code*, examiner la question de nouveau et, s'il y a une erreur, rendre l'ordonnance que la Cour d'appel aurait dû rendre.

Il est clair que notre Cour doit décider, à l'examen de l'ensemble de la preuve, si le verdict est l'un de ceux qu'un juge des faits, qui serait bien instruit du droit et qui aurait agi de façon judiciaire, aurait pu raisonnablement rendre. Cela exige une analyse de la preuve et, dans une certaine mesure, une réévaluation et un nouvel examen de l'effet de cette preuve. En conséquence, il est nécessaire de se reporter à la preuve et aux conclusions que le juge du procès en a tirées.

J. M. a témoigné que l'intimé lui a frotté le pénis du revers de la main dans un mouvement de haut en bas. Il a affirmé que le frottement a duré quelques secondes et qu'il s'est produit à plusieurs occasions lorsqu'il se rendait au pupitre de l'instituteur pour faire vérifier son travail. La Cour d'appel, à la majorité, a laissé entendre qu'il y avait une contradiction dans le témoignage de l'enfant et qu'il s'était rétracté en disant que les attouchements ne s'étaient produits

agree. A careful reading of the evidence indicates that when J. M. testified during cross-examination that the penile touching had happened once, he was referring to how many times it might have occurred during the course of a single day.

D. T. testified that the acts in question occurred at the teacher's desk when he went up to get help with his work. He testified that the respondent had rubbed the back of his hand up and down on his (D. T.'s) penis. He said that the rubbing had occurred on more than one occasion.

While the respondent testified that he had never knowingly touched a pupil in the genital area, it is significant that he admitted that the alleged penile touching might have occurred. His position was simply that any conduct which did take place had no sexual connotation. The respondent conceded that the boys were normal 10-year-old, grade 4 students and that there was nothing unusual about them. He agreed that there was nothing that would indicate that they would be dishonest, vicious or vindictive or "anything along those lines".

In essence, there appears to be little factual conflict between the evidence of the boys and that of the respondent; the sole dispute between the Crown and defence positions at trial pertained to whether there was any sexual context to the touching. This was the trial judge's view of the matter with which I fully agree.

It is true that in the portions of his reasons set out earlier, the trial judge appeared to consider the evidence of all the complainants together and to use the evidence cumulatively to bolster his findings in relation to each count. However, it must be borne in mind that on numerous occasions the trial judge properly instructed himself as to the need to consider each count individually and to make individual determinations in relation to each count. The following excerpts show that he began with the correct approach:

qu'une seule fois. En toute déférence, je ne puis être d'accord. Une lecture attentive de la preuve indique que, lorsque J. M. a affirmé, en contre-interrogatoire, que l'attouchement au pénis ne s'était produit qu'une seule fois, il parlait du nombre de fois que la chose pouvait s'être produite en une seule journée.

D. T. a témoigné que les actes en cause se sont produits au pupitre de l'instituteur quand l'élève y allait pour obtenir de l'aide dans ses travaux. Il a affirmé que l'intimé lui a touché le pénis du revers de la main en frottant de haut en bas. Il a affirmé que l'attouchement s'est produit plus d'une fois.

Bien que l'intimé ait témoigné qu'il n'a jamais sciemment touché les organes génitaux d'un élève, il y a lieu de remarquer qu'il a reconnu que les prétendus attouchements au pénis pouvaient s'être produits. Il soutient simplement que sa conduite n'avait pas de connotation sexuelle. L'intimé a reconnu que les garçons étaient des élèves normaux de 10 ans et de quatrième année et qu'il n'y avait rien d'inusité à leur sujet. Il a reconnu qu'il n'y avait rien qui indiquerait qu'ils auraient été malhonnêtes, méchants ou vindicatifs ou [TRADUCTION] «quoi que ce soit de cet ordre».

Essentiellement, il paraît y avoir peu de divergence, sur le plan des faits, entre le témoignage des garçons et celui de l'intimé; le seul point litigieux entre la position soutenue par le ministère public et celle soutenue par la défense au procès portait sur le point de savoir si les attouchements avaient un contexte sexuel. C'était là l'avis du juge du procès avec lequel je suis tout à fait d'accord.

Il est vrai que, dans le passage de ses motifs cités plus haut, le juge du procès semble avoir tenu compte des témoignages de tous les plaignants pris ensemble et s'être servi de ces témoignages de façon cumulative pour étayer ses conclusions à l'égard de chaque chef d'accusation. Cependant, il faut se souvenir qu'à de nombreuses occasions, le juge du procès s'est légitimement rappelé la nécessité d'examiner chaque chef d'accusation séparément et d'arriver à une conclusion pour chaque chef d'accusation. L'extrait suivant montre qu'il a commencé par utiliser une méthode correcte:

... I have to take each complainant, whether a sexual assault was committed.

[TRADUCTION] ... je dois, dans le cas de chaque plaignant, déterminer s'il y a eu agression sexuelle.

... the Crown is required to prove the guilt of an accused beyond a reasonable doubt, and in this case this applies to each of the seven counts.

<sup>a</sup> ... le ministère public est tenu de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable et, en l'espèce, cette règle s'applique à chacun des sept chefs d'accusation.

It is that degree of proof which convinces the mind and satisfies the conscience that the Crown has proven all essential ingredients of the offence; in this case, it would apply to each count. There would have to be proof beyond a reasonable doubt of each count.

<sup>c</sup> C'est ce degré de preuve qui convainc l'esprit et satisfait la conscience que le ministère public a fait la preuve de tous les éléments essentiels de l'infraction; en l'espèce, il s'appliquerait à chacun des chefs d'accusation. Une preuve hors de tout doute raisonnable devrait être faite relativement à chaque chef d'accusation.

I must determine whether the Crown in respect of each count has proven the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

<sup>d</sup> Je dois déterminer si le ministère public a prouvé la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable relativement à chaque chef d'accusation.

So that's what the Crown is required to prove in this case and for each count. It may be that, you know, hypothetically, the — you would have to take each count and look at it separately and make a decision.

<sup>e</sup> Ainsi, c'est ce que le ministère public est tenu de prouver en l'espèce, et ce, à l'égard de chaque chef d'accusation. Il se pourrait que, vous savez, hypothétiquement, le — vous deviez prendre chaque chef d'accusation et l'examiner séparément et prendre une décision.

The seventh ingredient the Crown must prove—not the seventh in this one, but another ingredient—is that the assault was of a sexual nature in each case.

<sup>f</sup> Le septième élément que le ministère public doit prouver—non pas le septième en l'espèce, mais un autre élément—est celui qu'il y a eu agression de nature sexuelle dans chaque cas.

As well, it is worthy of note that the trial judge carefully reviewed the testimony of each of the complainants individually and made an assessment of the specific evidence given by each of the boys. He also reviewed the testimony of the respondent and the defence witnesses.

<sup>g</sup> De même, il vaut la peine de souligner que le juge du procès a soigneusement examiné le témoignage de chacun des plaignants, pris individuellement, et qu'il a fait une évaluation du témoignage précis de chacun des garçons. Il a aussi examiné le témoignage de l'intimé et ceux des témoins de la défense.

Most importantly, the trial judge made independent findings in relation to the credibility of the boys. These findings appear to be untainted by his global consideration of the evidence. The trial judge was particularly struck by the youthfulness of the complainants. As young boys, they would have no reason to fabricate their allegations and in light of their ages,

<sup>h</sup> Qui plus est, le juge du procès est arrivé à des conclusions indépendantes relativement à la crédibilité des garçons. Ces conclusions ne paraissent pas avoir été viciées par son examen global de la preuve. Le juge du procès a été particulièrement frappé par le jeune âge des plaignants. Étant des enfants, ils n'avaient pas de motif d'inventer leurs allégations et,

it would be unlikely that they would conjure up claims of sexual abuse. With regard to the evidence that the youngsters gave, he had this to say:

The – we had the seven complainants – seven complainants who I found were forthright and responsive. We all saw them get on the stand, and their evidence to me was reasonable and consistent. And they were thoroughly cross-examined. They weren't harassed in any way, but they were thoroughly examined by Mr. Burke. And we saw them there, and even the accused has said that he does not question their honesty; and I also find that their evidence consisted of the truth.

. . . .

The – I'm not sure if it's seven, but most of them got down here in the Courtroom and sat by the Court Clerk and also showed the lawyers the acts. They described the acts. And in their testimony, both in examination in chief by Mr. Henheffer and by Mr. Burke, they – we recall that their evidence, they – on the act complained of, they did not change their evidence.

. . . .

The – as I've said, the seven witnesses, the boys, were forthright and responsive.

. . . .

Now, I'm convinced beyond a reasonable doubt that the seven boys told the truth. [Emphasis added.]

Thus, the trial judge expressly found the boys' evidence to be reasonable and consistent under cross-examination. He considered the boys themselves to be forthright, responsive and frank. Most importantly of all, he found that they were honest and truthful. After a complete review of all the evidence, he concluded by stating that he was convinced beyond a reasonable doubt that the boys told the truth.

Considered separately, the evidence of both J. M. and D. T. met all the requirements necessary to establish a sexual assault under *Chase*. Each boy testified that the respondent had rubbed him on the penis.

vu leur âge, il serait invraisemblable qu'ils aient imaginé des histoires d'agression sexuelle. Voici ce qu'il dit au sujet des témoignages que les garçons ont rendus:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Le – nous avons les sept plaignants – sept plaignants que j'ai trouvés francs et réceptifs. Nous les avons tous vu à la barre, et leurs témoignages m'ont paru raisonnables et cohérents. Et ils ont été contre-interrogés minutieusement. Ils n'ont pas été harcelés de quelque façon que ce soit, mais ils ont été minutieusement interrogés par M<sup>e</sup> Burke. Puis nous les avons vus, et même l'accusé a dit qu'il ne met pas leur sincérité en doute: de plus, je juge que leurs témoignages reflètent la vérité.

<sup>c</sup>

. . . .

<sup>d</sup> Le – je ne suis pas certain s'il y en a eu sept, mais la plupart d'entre eux se sont rendus ici dans la salle d'audience, ont pris place près du greffier et ont expliqué aux avocats la façon dont les actes ont été accomplis. Ils ont décrit les actes. Et dans leurs témoignages, aussi bien au cours de l'interrogatoire principal effectué par M<sup>e</sup> Henheffer que pendant l'interrogatoire mené par M<sup>e</sup> Burke, ils – nous nous souvenons que leurs témoignages, ils – sur l'acte reproché, ils n'ont pas modifié leurs témoignages.

<sup>e</sup>

. . . .

<sup>f</sup> Le – comme je l'ai dit, les sept témoins, les garçons ont été francs et réceptifs.

. . . .

<sup>g</sup> Donc, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que les sept garçons ont dit la vérité. [Je souligne.]

Ainsi, le juge du procès a expressément conclu que les témoignages des garçons étaient raisonnables et cohérents même en contre-interrogatoire. Il a trouvé les garçons eux-mêmes francs, réceptifs et directs. Le plus important de tout, il a trouvé qu'ils étaient sincères et qu'ils avaient dit la vérité. Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, il a conclu qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que les garçons avaient dit la vérité.

Pris séparément, le témoignage de J. M. et celui de D. T. remplissent toutes les conditions requises pour prouver qu'il y a eu agression sexuelle au sens de l'arrêt *Chase*. Chacun des garçons a témoigné que

Given that the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt of the truthfulness of the boys' testimony, there was clearly evidence upon which the convictions could properly be based.

It is the trial judge who had the inestimable advantage of seeing and hearing the evidence of the complainants and the respondent. It is the trial judge who was in a unique position to make the requisite findings of fact and credibility based not only on the oral testimony, but also on the actions and demeanour of the witnesses. It can never be forgotten that there is more than the oral evidence which may quite properly influence a trial judge in assessing the credibility of witnesses. Here the trial judge fulfilled his obligations when he reviewed and assessed the evidence and came to a conclusion with regard to it. I am satisfied, not only that his findings were reasonable, but that they were in fact correct.

The advantage a trial judge has in assessing the credibility of witnesses is demonstrated by this case. It will be remembered that the boys, in addition to their oral testimony, demonstrated the nature of the assaults. Unfortunately, the demonstrations were not described for the record. Therefore, it must be assumed that they were no more damaging to the respondent than the oral testimony. Still, the demonstration evidence is a further factor to be taken into account in any consideration of the findings of fact and credibility made by the trial judge.

Reasonable findings of fact of a trial judge based on evidence accepted as convincing beyond a reasonable doubt should not be lightly disturbed. Here the statement by the trial judge that he was convinced beyond a reasonable doubt that each of the seven boys told the truth overrides any errors he may have made with regard to the cumulative effect of the boys' testimony. Even when considered separately, the testimony of both J. M. and D. T., evidence which the trial judge found to be truthful beyond a reasonable doubt, provided a firm evidentiary basis for the

l'intimé lui avait frotté le pénis. Puisque le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable de la véracité des témoignages des garçons, il y avait manifestement une preuve qui pouvait justifier des déclarations de culpabilité.

C'est le juge du procès qui a eu l'avantage inestimable de voir les plaignants et l'intimé et d'entendre leurs témoignages. C'est le juge du procès qui a eu la possibilité exceptionnelle de tirer des conclusions sur les faits et sur la crédibilité, non seulement en fonction des témoignages rendus, mais aussi en fonction des actions et des comportements des témoins. Il ne faut jamais oublier qu'il y a plus que les témoignages qui peuvent à bon droit influencer le juge du procès dans l'évaluation de la crédibilité des témoins. En l'espèce, le juge du procès a rempli ses obligations en étudiant et en évaluant la preuve et en tirant une conclusion quant à celle-ci. Je suis convaincu que, non seulement ses conclusions étaient raisonnables, mais qu'elles étaient, en réalité, justes.

La présente affaire démontre l'avantage que le juge du procès possède pour ce qui est d'évaluer la crédibilité des témoins. Il faut se rappeler qu'en plus de témoigner, les garçons ont fait la démonstration de la nature des agressions. Malheureusement, ces démonstrations n'ont pas été décrites pour les fins du dossier. En conséquence, il faut supposer qu'elles n'étaient pas plus défavorables à l'intimé que les témoignages. Malgré tout, la preuve par démonstration est un autre facteur dont il faut tenir compte pour évaluer les conclusions du juge du procès sur les faits et sur la crédibilité.

Il ne faut pas modifier à la légère les constatations de fait raisonnables auxquelles le juge du procès est parvenu en s'appuyant sur une preuve tenue pour convaincante hors de tout doute raisonnable. En l'espèce, l'affirmation faite par le juge du procès qu'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que chacun des sept garçons avait dit la vérité l'emporte sur toutes les erreurs qu'il peut avoir commises relativement à l'effet cumulatif des témoignages des garçons. Même pris séparément, le témoignage de J. M. et celui de D. T., que le juge du procès a estimés véridiques hors de tout doute raisonnable, fournissent un

conviction of the respondent on the two counts in question. The test of sufficiency has been met.

Conclusion

In all the circumstances and in light of the particular facts of this case, I would allow the appeal and restore the convictions on counts two and seven.

*Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and CORY JJ. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.*

*Solicitors for the respondent: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.*

fond de preuve solide pour déclarer l'intimé coupable relativement aux deux chefs d'accusation en cause. Le critère du caractère suffisant est respecté.

<sup>a</sup> Conclusion

Compte tenu de toutes ces circonstances et vu les faits particuliers de la présente affaire, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité prononcées relativement aux deuxième et septième chefs d'accusation.

<sup>b</sup>

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et CORY sont dissidents en partie.*

<sup>c</sup>

*Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's.*

<sup>d</sup> *Procureurs de l'intimé: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9





**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 6, 1991 Vol. 1**

and Tables

Cited as [1991] 1 S.C.R. { i-xliv  
933-1125

**6<sup>e</sup> cahier, 1991 Vol. 1**

et Tables

Renvoi [1991] 1 R.C.S. { i-xliv  
933-1125

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secretaries  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

## CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xvii
Table of Cases Cited.....	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xxxv
Authors Cited.....	xxxix
Index.....	1109

### **National Bank of Canada v. Atomic Slipper Co. .... 1059**

Banks and banking operations — Powers of banks — Loans and security — Taking of possession and sale of goods given as security for loan — Debtor in default to bank — Validity of taking of possession — Value of goods given as security.

Banks and banking operations — Powers of banks — Loans and security — Taking of possession and sale of goods given as security for loan — Agreements between debtor and bank

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
BARBARA LONG  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY

Secrétaires  
LYNE RENAUD  
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

## SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xix
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités.....	xxxvii
Doctrine citée.....	xxxix
Index.....	1117

### **Banque Nationale du Canada c. Atomic Slipper Co... 1059**

Banques et opérations bancaires — Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Prise de possession et vente des biens donnés en garantie d'un prêt — Défaut de la débitrice envers la banque — Validité de la prise de possession — Valeur des biens donnés en garantie.

Banques et opérations bancaires — Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Prise de possession et vente des biens

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

governing how possession to be taken and goods sold — Validity and applicability of agreements — Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1, ss. 88, 89.

Civil procedure — Representation in court — Companies — Company represented in court by its president, who is not a lawyer — Representation of a company other than by counsel not valid — Company considered as not having appeared in record in main appeal and as not having appealed in cross-appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 61 — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128.

### **R. v. L. (W.K.) ..... 1091**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Accused charged with sexual offences many years after events — Defence alleging violation of accused's rights to fundamental justice and fair trial — Judge ordering stay of proceedings solely on basis of submissions made by Crown and defence — Whether delay in laying charges alone can establish breach of accused's Charter rights — Whether stay order justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Procedure — Accused charged with sexual offences many years after events — Defence alleging violation of accused's rights to fundamental justice and fair trial — Judge ordering stay of proceedings solely on basis of submissions made by Crown and defence — Whether procedure proper — Whether judge erred in assessing complainants' credibility without hearing their viva voce evidence — Whether judge's findings of fact supported by evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24.

### **R. v. Reddick (Samuel Joseph) ..... 1086**

Criminal law — Sexual assault — Defence of honest belief that victim consented to intercourse — Whether there was other evidence to lend defence an "air of reality" — Whether Court of Appeal erred in substituting conviction for acquittal rather than ordering new trial.

### **R. v. Reddick (Alexander J.) (motion) ..... 1105**

Criminal law — Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Accused granted leave to appeal to Supreme Court of Canada — Crown consenting to reversal of judgment to the extent that a new trial be ordered — Accused undertaking that only relief sought is a new trial — Order of reversal of judgment granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

### **R. v. Swain ..... 933**

Constitutional law — Jurisdiction — Division of powers — Acquitted on reasons of insanity to be held in strict custody pending Lieutenant Governor's pleasure — Provision to protect society and not to punish — Treatment a provincial responsibility — Whether provision ultra vires — Constitution

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

donnés en garantie d'un prêt — Conventions entre la débitrice et la banque régissant les modalités de la prise de possession et de la vente des biens — Validité et applicabilité des conventions — Loi sur les banques, S.R.C. 1970, ch. B-1, art. 88, 89.

Procédure civile — Représentation devant les tribunaux — Compagnies — Compagnie représentée devant le tribunal par son président qui n'est pas un avocat — Représentation d'une compagnie autrement que par avocat non valable — Compagnie considérée comme n'ayant pas comparu au dossier dans le pourvoi principal et comme n'ayant pas interjeté appel dans le pourvoi incident — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61 — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128.

### **R. c. L. (W.K.) ..... 1091**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Accusé inculpé d'agressions sexuelles de nombreuses années après les faits — Allégations de la défense qu'il y a violation des droits de l'accusé en matière de justice fondamentale et de procès équitable — Ordonnance d'arrêt des procédures par le juge fondée uniquement sur l'argumentation des avocats — Le retard à porter des accusations peut-il constituer en soi une violation des droits que la Charte garantit à l'accusé? — L'ordonnance d'arrêt était-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 24(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Procédure — Accusé inculpé d'agressions sexuelles de nombreuses années après les faits — Allégations de la défense qu'il y a violation des droits de l'accusé en matière de justice fondamentale et de procès équitable — Ordonnance d'arrêt des procédures par le juge fondée uniquement sur l'argumentation des avocats — La procédure était-elle adéquate? — Le juge s'est-il trompé en appréciant la crédibilité des plaignantes sans entendre leurs dépositions de vive voix? — L'appréciation des faits par le juge était-elle appuyée par la preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 24.

### **R. c. Reddick (Samuel Joseph) ..... 1086**

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyen de défense de croyance sincère que la victime a consenti aux rapports sexuels — Y a-t-il d'autres éléments de preuve qui donnent au moyen de défense une "apparence de vraisemblance"? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une déclaration de culpabilité à l'acquiescement plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

### **R. c. Reddick (Alexander J.) (requête) ..... 1105**

Droit criminel — Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation du jugement — L'accusé a été autorisé à se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — Le ministère public a consenti à la cassation du jugement pourvu qu'un nouveau procès soit ordonné — L'accusé promet que le seul redressement demandé sera un nouveau procès — Ordonnance de cassation du jugement accordée — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Equality before the law — Issue of insanity raised by Crown over objection of defence — Whether the common law criteria permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether the common law criteria were justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 15.

Criminal law — Defences — Right of accused to control own defence — Issue of insanity raised by Crown over objection of defence — Whether the common law criteria permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether the common law criteria were justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 15.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Whether the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the Criminal Code, violated ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether that power was justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

Criminal law — Insanity — Statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Whether statutory power violated ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether that power was justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

## SOMMAIRE (Fin)

**R. c. Swain**..... 933

Droit constitutionnel — Compétence — Partage des compétences — Personne acquittée pour cause d'aliénation mentale devant être détenue sous garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu — Disposition qui vise à protéger la société et non à punir la personne — Traitement relevant de la responsabilité de la province — La disposition est-elle ultra vires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Égalité devant la loi — Aliénation mentale soulevée par le ministère public contre le gré de la défense — Les critères de common law qui permettent au ministère public de produire des éléments de preuve de l'aliénation mentale de l'accusé violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 15.

Droit criminel — Moyens de défense — Droit de l'accusé de mener sa défense comme il l'entend — Aliénation mentale soulevée par le ministère public contre le gré de la défense — Les critères de common law qui permettent au ministère public de produire des éléments de preuve de l'aliénation mentale de l'accusé violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 15.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale conformément à l'art. 542(2) du Code criminel, viole-t-il les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

Droit criminel — Aliénation mentale — Pouvoir conféré par la loi de détenir une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Le pouvoir conféré par la loi viole-t-il les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, ce pouvoir est-il justifié en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).



## 1991 Volume 1

### **Canada Supreme Court Reports**

*Published pursuant to Statute by*

ANNE ROLAND  
*Registrar of the Court*

*Director of Publications*  
Odile Calder

*Law Editors*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Revisors*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Co-ordinator, Editorial Services*  
Gisèle Boulay

*Editorial Assistants*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secretaries*  
Lyne Renaud  
Denise Jackson

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

*Publié conformément à la Loi par*

ANNE ROLAND  
*Registraire de la Cour*

*Directrice des publications*  
Odile Calder

*Arrêtistes*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Réviseurs*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Coordonnatrice, Service de l'édition*  
Gisèle Boulay

*Adjoints à l'édition*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secrétaires*  
Lyne Renaud  
Denise Jackson

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

The Honourable FRANK IACOBUCCI

On the 4th day of January 1991, the Honourable BERTHA WILSON, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 7th day of January 1991, the Honourable FRANK IACOBUCCI, Chief Justice of the Federal Court of Canada, was appointed Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable BERTHA WILSON, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 4 janvier 1991.

Le 7 janvier 1991, l'honorable FRANK IACOBUCCI, Juge en chef de la Cour fédérale du Canada, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

## ERRATA

[1985] 2 S.C.R. p. 500, line *h*-2 of the English version. Read “deprivation” instead of “depreviation”.

[1990] 2 S.C.R. p. iv. Read “[1989] 1 S.C.R. p. 1771” instead of “[1990] 1 S.C.R. p. 1771”.

[1990] 3 S.C.R. p. 177, line *h*-1 of the English version. Read “who was not a shareholder” instead of “who was a shareholder”.

[1990] 3 S.C.R. p. 188, line *d*-3 of the English version. Read “[1988] 1 S.C.R. v” instead of “[1988] 2 S.C.R. v”.

[1990] 3 S.C.R. p. 188, line *d*-3 of the French version. Read “[1988] 1 R.C.S. v” instead of “[1988] 2 R.C.S. v”.

[1990] 3 S.C.R. p. 255, line *b*-3 of the English version. Read “[1990] 3 S.C.R. p. 451” instead of “[1990] 3 S.C.R. p. 450”.

[1990] 3 S.C.R. p. 255, line *b*-4 of the French version. Read “[1990] 3 R.C.S. p. 451” instead of “[1990] 3 R.C.S. p. 450”.

[1990] 3 S.C.R. p. 1420, line *j*-2 of the English version. Read “laws of Manitoba” instead of “law of Manitoba”.

[1985] 2 R.C.S. p. 500, ligne *h*-2 de la version anglaise. Lire «deprivation» au lieu de “depreviation”.

[1990] 2 R.C.S. p. iv. Lire «[1989] 1 R.C.S. p. 1771» au lieu de «[1990] 1 R.C.S. p. 1771».

[1990] 3 R.C.S. p. 177, ligne *h*-1 de la version anglaise. Lire «who was not a shareholder» au lieu de «who was a shareholder».

[1990] 3 R.C.S. p. 188, ligne *d*-3 de la version anglaise. Lire «[1988] 1 S.C.R. v» au lieu de «[1988] 2 S.C.R. v».

[1990] 3 R.C.S. p. 188, ligne *d*-3 de la version française. Lire «[1988] 1 R.C.S. v» au lieu de «[1988] 2 R.C.S. v».

[1990] 3 R.C.S. p. 255, ligne *b*-3 de la version anglaise. Lire «[1990] 3 S.C.R. p. 451 au lieu de «[1990] 3 S.C.R. p. 450».

[1990] 3 R.C.S. p. 255, ligne *b*-4 de la version française. Lire «[1990] 3 R.C.S. p. 451 au lieu de «[1990] 3 R.C.S. p. 450».

[1990] 3 R.C.S. p. 1420, ligne *j*-2 de la version anglaise. Lire «laws of Manitoba» au lieu de «law of Manitoba».



## MOTIONS—REQUÊTES

- 243930 *Alberta Ltd. v. Crook* (Ont.), 22212, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 243930 *Alberta Ltd. v. Dunn* (Ont.), 22214, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 243930 *Alberta Ltd. v. Wickham* (Ont.), 22213, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 504119 *Ontario Ltd. v. Income Trust Co.* (Ont.), 22113, leave to appeal refused with costs, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A. H. Robins Canada Inc. c. Tremaine* (Qué.), 22236, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A.P.G. v. The Queen* (Crim.)(Yukon), 22181, leave to appeal refused, 14.3.9, autorisation de pourvoi refusée.
- Aguilar v. London Life Insurance Co.* (Man.), 22079, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Ahamed v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22391, leave to appeal refused, 3.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- A'Hearn v. TNT Canada Inc.* (B.C.), 22248, leave to appeal refused with costs, 18.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ain & Zakuta Ltd. c. Zurich Insurance Co.* (Qué.), 22138, leave to appeal refused, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Alain c. Zellers Inc.* (Qué.), 22233, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alberta Union of Provincial Employees v. Board of Governors of Lethbridge Community College* (Alta.), 22156, leave to appeal refused with costs, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Algoma Steel Corporation Ltd. v. Allendale Mutual Insurance Co.* (Ont.), 22206, leave to appeal refused with costs, 9.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22264, notice of discontinuance filed, 11.3.91, avis de désistement produit.
- Anjou (Ville d') c. Krum* (Qué.), 22209, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Apotcx Inc. v. American Home Products Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 22121, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Assessor of Area #09 — Vancouver v. Bramalea Ltd.* (B.C.), 22307, leave to appeal refused with costs, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Assiniboine Medical Holdings Ltd. v. Beaton* (Man.), 22329, leave to appeal refused with costs, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Atta c. Malouf* (Qué.), 22143, leave to appeal refused with costs, 28.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Attorney General of Canada v. Public Service Alliance of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22295, leave to appeal granted, 20.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Aubut c. Ministre du Revenu national* (C.A.F.)(Qué.), 22289, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- B. G. Checo International Ltd. c. Gouin* (Qué.), 22047, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B.S.C. Pension Fund Trustee Ltd. v. Cascade Development Corporation Ltd.* (Alta.), 22225, leave to appeal refused with costs, 9.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Baig v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22167, leave to appeal refused, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Baird v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22174, leave to appeal refused, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Banks v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22394, leave to appeal refused, 20.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Bavarian Lion Co. v. Director of Pollution Control* (Alta.), 22228, leave to appeal refused with costs, 18.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beaulieu c. Bilodeau* (Qué.), 22344, leave to appeal refused, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Benoit c. Bérubé* (Qué.), 22388, leave to appeal refused, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Biscotti v. Ontario Securities Commission* (Ont.), 22349, leave to appeal refused with costs, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bissegger c. Royal Bank of Canada* (Qué.), 22101, leave to appeal refused with costs, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boucher c. Procureur général du Québec* (Qué.), 22375, leave to appeal refused with costs, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boutin c. Hervé Pomerleau Inc.* (Qué.), 22148, leave to appeal refused with costs, 28.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brar v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22136, leave to appeal refused with costs, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brett v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22269, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Brissette v. Westbury Life Insurance Co.* (Ont.), 22125, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Brown c. Régie de l'assurance automobile du Québec* (N.-B.), 22028, leave to appeal refused with costs, 18.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- CIBM-FM Mont-Bleu Ltée c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (C.A.F.)(Qué.), 22235, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- CIP Inc. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22025, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Cairns v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21702, leave to appeal refused, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Canada Mortgage and Housing Corporation v. Hongkong Bank of Canada* (Alta.), 22268, leave to appeal granted, 28.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Commercial Bank v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 22084, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Human Rights Commission v. Department of Secretary of State* (F.C.A.)(Ont.), 22145, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Hallahan* (Ont.), 22098, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Pax Management Ltd.* (B.C.), 22194, leave to appeal granted, 16.5.91, autorisation de pourvoi accordée.

- Cancor Software Corporation v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22141, leave to appeal refused, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Carter v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22397, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Caspick v. Caspick* (N.B.), 22134, leave to appeal refused with costs, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Central Cartage Co. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22057, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Central Cartage Co. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22058, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Central Cartage Co. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22059, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charcuterie Roy Inc. c. Occhionero* (Qué.), 22234, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charpentier v. Huff* (B.C.), 22291, leave to appeal refused with costs, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chevrier c. Guimond* (Qué.), 22083, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Christensen v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22200, leave to appeal refused, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Christie v. Westcom Radio Group Ltd.* (B.C.), 22274, leave to appeal refused with costs, 18.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.* (Ont.), 22251, leave to appeal granted, 16.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Novopharm Ltd.* (Ont.), 22252, leave to appeal granted, 16.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Clement v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22254, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Collins Barrow Ltd. v. Principal Savings and Trust Co.* (Alta.), 22324, leave to appeal refused with costs, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal-Nord* (Qué.), 22199, leave to appeal refused, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Commonwealth Investors Syndicate Ltd. v. Laxton* (B.C.), 22210, leave to appeal refused with costs, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie Kenworth du Canada c. Giguère* (Qué.), 22208, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Competition Tribunal v. Chrysler Canada Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 22151, leave to appeal granted, 2.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Condello v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22331, leave to appeal refused, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Construction B.A.T. Inc. c. Les Entreprises A.S.D. Inc.* (Qué.), 22075, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Consumers' Gas Co. v. Robinson* (Ont.), 22132, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Continental Insurance Co. c. United States Fire Insurance Co.* (Qué.), 22054, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cooper v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22353, leave to appeal refused, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Coronation Insurance Co. v. Florence* (B.C.), 22157, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.

- Corporation of the City of North York v. Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), 22245, leave to appeal refused with costs, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Costantini v. Ontario Securities Commission* (Ont.), 22348, leave to appeal refused with costs, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cross v. Wood* (Man.), 22346, leave to appeal refused with costs, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cully c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22411, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- D.K.H. v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22198, leave to appeal refused, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Dagle v. Dagle* (P.E.I.), 22001, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D'Aragon c. Domaine de l'Isle aux Oyes Inc.* (Qué.), 22093, leave to appeal refused, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Dayco (Canada) Ltd. v. National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW-Canada)* (Ont.), 22180, leave to appeal granted, 20.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Deep v. Bank of Montreal* (Ont.), 22402, leave to appeal refused, 6.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Dehghani v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22153, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Dennison v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 22183, leave to appeal refused, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Director of Child Welfare v. M.* (Alta.), 22091, leave to appeal refused, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Director of Investigation and Research v. Chrysler Canada Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 22152, leave to appeal granted, 2.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Dobb v. Hockin* (B.C.), 22040, leave to appeal refused with costs, 25.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Donahoe v. Canadian Broadcasting Corporation* (N.S.), 22457, leave to appeal granted, 16.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Drouin c. Garneau* (Qué.), 22321, leave to appeal refused, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Earle c. Fagan* (Qué.), 22158, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ekstrom v. Hongkong Bank of Canada* (Alta.), 22246, notice of discontinuance filed, 8.3.91, avis de désistement produit.
- Empress Towers Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (B.C.), 22201, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Enns v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22184, leave to appeal granted, 2.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Eyre v. Yee* (Ont.), 22069, leave to appeal refused with costs, 21.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eyetechnics Ltd. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22230, leave to appeal refused, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Fabian v. Harries, Housser Law Firm* (Ont.), 20106, leave to appeal refused with costs, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fabre c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22188, leave to appeal refused, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Fairview Cycle Ltd. v. Gore Mutual Insurance Co.* (Alta.), 22097, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fédération des employées et employés de services publics inc. c. St-Jacques* (Qué.), 22339, leave to appeal granted, 20.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Foothills Pipe Lines (North B.C.) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22215, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.

- Foothills Pipe Lines (North B.C.) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22216, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Foothills Pipe Lines (South Yukon) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22219, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Foothills Pipe Lines (South Yukon) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22220, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22217, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22218, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Funk v. Steenblock* (B.C.), 22067, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- G. D. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22386, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Gagné c. Gobeil* (Qué.), 22135, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Généreux c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22103, leave to appeal granted, 7.2.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Genest c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22118, leave to appeal refused, 18.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Giecwicz v. Alexander* (Ont.), 22238, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gilbert v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 22045, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gill v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18393, notice of discontinuance filed, 25.6.91, avis de désistement produit.
- Girard c. Lavoie* (Qué.), 22155, leave to appeal refused with costs, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goodwin v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22359, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Gould v. Law Society of Alberta* (Alta.), 22107, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grace v. Gavin* (N.S.), 22192, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Granit Bergeronnes Inc. c. Colombia Granite Inc.* (Qué.), 22196, leave to appeal refused, 4.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Great Lakes Towing Co. v. Owners and Operators of the MV "Rhone"* (F.C.A.)(Qué.), 21886, the application for leave to cross-appeal is dismissed with costs, 4.4.91, la requête en autorisation de pourvoi incident est rejetée avec dépens.
- Greenaway v. Seven Oaks School Division No. 10* (Man.), 22304, leave to appeal refused, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Groupe La Laurentienne c. Gagné* (Qué.), 22105, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grunwald v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22379, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Guaranty Properties Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22018, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guardian Insurance Co. of Canada v. American Home Assurance Co.* (Ont.), 22311, leave to appeal refused with costs, 20.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hagerman v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 22087, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.

- Haight v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22279, leave to appeal refused, 9.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Hails v. Teplitsky* (Ont.), 22165, leave to appeal refused with costs, 18.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hartford Accident and Indemnity Co. v. Maritime Life Assurance Co.* (N.S.), 22303, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Henry v. The Queen in right of British Columbia* (Crim.)(B.C.), 22265, leave to appeal refused, 20.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Henry v. The Queen in right of Saskatchewan* (Crim.)(Sask.), 22046, leave to appeal refused, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Hetland v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (Alta.), 22287, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hockin v. Bank of British Columbia* (B.C.), 22038, leave to appeal refused with costs, 25.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Horsefall v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22266, leave to appeal refused, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Idziak v. Minister of Justice* (Ont.), 21845, the application for leave to appeal is granted on the first ground only 25.1.91, la requête en autorisation de pourvoi est accordée relativement au premier moyen seulement.
- Institut national des appellations d'origine des vins et eaux-de-vie v. Andres Wines Ltd.* (Ont.), 22117, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Hecker* (B.C.), 22226, leave to appeal refused with costs, 9.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- International Alliance of Theatrical Stage Employees v. Canadian Union of Public Employees* (Ont.), 22061, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- J.J.K. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22247, leave to appeal refused, 25.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnson v. O'Brien* (N.B.), 22262, leave to appeal refused, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Jung v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 22294, leave to appeal refused with costs, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kaiser Petroleum Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22211, leave to appeal refused with costs, 20.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kasstan v. J. G. Cordone Investments Ltd.* (Ont.), 22415, leave to appeal refused, 28.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Kastner v. Kastner* (Alta.), 22203, leave to appeal refused with costs, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kay v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22205, leave to appeal refused, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Keystone Bingo Centre Inc. v. Manitoba Lotteries Foundation* (Man.), 22315, leave to appeal refused with costs, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Korach v. Moore* (Ont.), 22286, leave to appeal refused with costs, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kornberg v. Kornberg* (Man.), 22316, leave to appeal refused with costs, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kornberg v. Kornberg* (Man.), 22319, leave to appeal refused with costs, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kovacs v. Nagy* (Ont.), 22175, leave to appeal refused with costs, 18.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Krajcz v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22326, leave to appeal refused, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée.

- Kruger v. Temelini* (Ont.), 22094, leave to appeal refused with costs, 21.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kurisko v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22071, leave to appeal refused with costs, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Labbé c. Placements Hector Poulin* (Qué.), 22189, leave to appeal refused with costs, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lakeview Development of Canada Ltd. v. Merger Restaurants* (Man.), 22127, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Larche v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 22283, leave to appeal refused, 9.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Létourneux c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22318, leave to appeal refused, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Life Underwriters Association of Canada c. Provincial Association of Quebec Life Underwriters* (F.C.A.)(Qué.), 22109, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Loewen Ondaatje, McCutcheon & Co. c. Sparling* (Qué.), 22131, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Lohnes v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22278, leave to appeal granted, 9.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Lortie-Côté c. Société du Port du Québec* (Qué.), 22272, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacDonald v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22172, leave to appeal refused, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Makrogambrakis v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22373, leave to appeal refused, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Manifattura Lane Gaetano Marzotto & Figli S.P.A. c. International Tyfoon Inc.* (Qué.), 22224, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mansour v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22284, leave to appeal refused, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Martin v. Pritchard* (Ont.), 22070, leave to appeal refused with costs, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McLean v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 21533, notice of discontinuance filed, 13.3.91, avis de désistement produit.
- McMurrer v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 22378, leave to appeal refused, 20.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Meddoui v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22126, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Melaragni v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22043, leave to appeal refused, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Meldung v. Meldung* (Ont.), 22096, leave to appeal refused with costs, 21.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Messier c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22108, leave to appeal refused, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Mihalick v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22390, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Mihaljevic v. The Queen in right of British Columbia* (F.C.A.)(B.C.), 22300, leave to appeal refused, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Minister of Finance of Canada v. Finlay* (F.C.A.)(Man.), 22162, leave to appeal granted, 2.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Mollison v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22080, leave to appeal refused, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Moore v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 22169, leave to appeal granted, 2.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Morin v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21996, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Municipalité des Cantons-Unis de Stoneham et Tewkesbury c. Bureau* (Qué.), 22237, leave to appeal refused with costs, 28.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Municipalité des Cantons-Unis de Stoneham et Tewkesbury c. Sablière C.D.R. Inc.* (Qué.), 22255, leave to appeal refused with costs, 28.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Munroe v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22168, leave to appeal refused, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Musurichan v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22026, notice of discontinuance filed, 15.4.91, avis de désistement produit.
- Naugler v. Llewellyn* (N.S.), 22333, leave to appeal refused with costs, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Newfoundland Telephone Co. v. Board of Commissioners of Public Utilities* (Nfld.), 22060, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Niemann v. Public Service Commission Appeal Board* (F.C.A.)(Ont.), 22065, leave to appeal refused with costs, 21.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Night Hawk Resources Ltd. v. Davis* (B.C.), 22197, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nippon Steel Corporation v. Quintette Coal Ltd.* (B.C.), 22276, leave to appeal refused with costs, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nixon v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22055, leave to appeal refused, 25.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Oiom v. Brassington* (B.C.), 22293, leave to appeal refused, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Osborne c. Gerold* (Qué.), 22147, leave to appeal refused, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Ouellette c. La Reine* (Qué.), 22128, leave to appeal refused, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Ouellette c. La Reine* (Qué.), 22202, leave to appeal refused, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Palmer v. Goodall* (B.C.), 22310, leave to appeal refused, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Pavillon Chase & Pêche (440) Inc. c. Sumner Sports Inc.* (Qué.), 22022, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pelko Electric Inc. v. Lenchyshyn* (Ont.), 22240, leave to appeal refused with costs, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peter v. Beblow* (B.C.), 22258, leave to appeal granted, 20.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Pizzurro v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22104, leave to appeal refused, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Pizzurro v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22104, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Plouffe c. Shea* (Qué.), 22296, leave to appeal granted, 16.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Ponte v. Northern Manitoba Native Lodges Inc.* (Man.), 22185, leave to appeal refused, 9.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Praxl v. Skariah* (Ont.), 22292, leave to appeal refused with costs, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Pearson* (Qué.), 22173, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec c. Transport G. Courchesne, Inc.* (Qué.), 22242, leave to appeal granted with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Provençal c. Bélanger* (Qué.), 22081, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Prpich v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22362, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Public Service Employee Relations Board v. Board of Governors of Lethbridge Community College* (Alta.), 22154, leave to appeal refused with costs, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pugliese v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21999, leave to appeal refused, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Puric v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22381, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Queen (Douglas) v. Cognos Inc.* (Ont.), 22004, leave to appeal granted, 17.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Amyot* (Crim.)(Qué.), 22120, leave to appeal refused, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Baron* (C.A.F.)(Qué.), 22298, leave to appeal granted, 16.5.91, autorisation de pourvoi accordée.



- R. v. Deruelle* (Crim.)(N.S.), 22305, leave to appeal granted, 13.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Dunnett* (Crim.)(N.B.), 22317, leave to appeal refused, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Ellis-Don Ltd.* (Crim.)(Ont.), 22297, leave to appeal granted, 13.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Green* (Crim.)(N.S.), 22277, leave to appeal granted, 9.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. King* (Crim.)(Man.), 22063, leave to appeal refused, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Morales* (Crim.)(Qué.), 22404, leave to appeal granted, 20.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Parish* (Crim.)(N.B.), 22204, leave to appeal refused, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Parks* (Crim.)(Ont.), 22073, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Reimer* (Crim.)(Man.), 22064, leave to appeal refused, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Smith* (Crim.)(Ont.), 22281, leave to appeal granted, 9.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Thomson* (F.C.A.)(Ont.), 22020, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Vinetti* (Crim.)(Alta.), 22323, leave to appeal refused, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Voss* (Crim.)(Ont.), 21650, notice of discontinuance filed, 4.3.91, avis de désistement produit.
- R. v. Zurlo* (Crim.)(Qué.), 22082, leave to appeal refused, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. (James Dylan) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22418, leave to appeal refused, 26.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Rahal v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22193, leave to appeal refused, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Ramkumar v. Corporation of the City of Toronto* (Ont.), 22086, leave to appeal refused with costs, 21.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Reeves v. Croken* (P.E.I.), 22092, leave to appeal refused, 25.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Regal Park Homes Inc. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22190, leave to appeal refused, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Regional Municipality of Peel v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 21342, leave to appeal granted, 9.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Regional Municipality of Peel v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22301, leave to appeal granted, 9.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Ressel v. Board of Directors of Chiropractic* (Ont.), 22376, notice of discontinuance filed, 17.6.91, avis de désistement produit.
- Rhodes v. Canadian National Railway Co.* (B.C.), 22244, leave to appeal refused, 13.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Richard c. Gilbert* (Qué.), 22299, leave to appeal refused with costs, 28.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Robichaud c. Bernard* (Qué.), 22275, notice of discontinuance filed, 12.4.91, avis de désistement produit.
- Roehl v. Houlahan* (Ont.), 22241, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rothwell v. Raes* (Ont.), 22314, leave to appeal refused with costs, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22313, leave to appeal refused, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Ruegamer v. Ruegamer* (Ont.), 22114, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saskatchewan Government Employees' Union v. Government of Saskatchewan* (Sask.), 22273, leave to appeal refused with costs, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Saskatoon (City of) v. Saskatchewan Human Rights Commission* (Sask.), 22144, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schaefer v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22062, leave to appeal refused, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Selig v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22334, leave to appeal refused, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Seymour c. National Bank of Canada* (Qué.), 22229, leave to appeal refused, 14.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Sharma v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22332, leave to appeal granted, 20.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Shawinigan (Ville de) c. Gestion des rebuts D.M.P. Inc.* (Qué.), 22335, leave to appeal refused with costs, 23.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shinkaruk v. New Community Savings & Credit Union Ltd.* (Sask.), 22308, leave to appeal refused, 30.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Shumlich v. Shumlich* (B.C.), 22176, leave to appeal refused, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Sign-O-Life Plastics Ltd. v. Metropolitan Life Insurance Co.* (B.C.), 22195, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Simard c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22099, notice of discontinuance filed, 11.2.91, avis de désistement produit.
- Smith v. Smith* (Man.), 22139, leave to appeal refused, 16.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Snow v. Ontario Teachers' Federation* (Ont.), 21655, leave to appeal refused with costs, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Société du Port du Québec c. Lortie-Côté* (Qué.), 22280, notice of discontinuance filed, 13.2.91, avis de désistement produit.
- Sooke v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22306, leave to appeal refused, 20.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Sous-ministre du revenu du Québec c. Jules Beauchamp Inc.* (Qué.), 22111, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Sous-ministre du revenu du Québec c. Jules Beauchamp Inc.* (Qué.), 22111, notice of discontinuance filed, 2.5.91, avis de désistement produit.
- Spence v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22337, leave to appeal refused, 20.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Srougi c. Descoteaux* (C.A.F.)(Qué.), 22048, leave to appeal refused, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Stark v. Stark* (B.C.), 22115, leave to appeal refused with costs, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stewart v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22257, leave to appeal granted, 2.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Sun Life du Canada c. Lalonde* (Qué.), 22221, leave to appeal granted, 20.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Syliboy v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 21926, leave to appeal refused, 25.1.91, (Sopinka J. dissenting/Le juge Sopinka est dissident), autorisation de pourvoi refusée.
- Sylvester v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22074, leave to appeal refused, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Syndicat des employés de la coopérative agricole Vallée de la Lièvre (C.S.N.) c. Compagnie du Trust national Ltée* (Qué.), 22163, leave to appeal refused, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières* (Qué.), 22146, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- T. G. Bright & Co. v. Canada West Tree Fruits Ltd.* (B.C.), 22130, leave to appeal refused with costs, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Théroux c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22249, leave to appeal granted, 23.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Thivierge c. Mendelson* (Qué.), 22288, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thornton v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22312, leave to appeal granted, 13.6.91, autorisation de pourvoi accordée.

- Tomen v. Federation of Women Teachers' Associations of Ontario* (Ont.), 21649, leave to appeal refused with costs, 27.6.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toronto-Dominion Bank v. Faulkner* (Ont.), 22122, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toth v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22385, leave to appeal refused, 20.6.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Transport de Cargaison (Cargo Carriers) (Kazc-Co.) v. Industrial Bulk Carriers Inc.* (Qué.), 22164, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tremblay c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22186, leave to appeal refused, 28.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Tsakalis c. Gomatou* (Qué.), 22243, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tsigaridas c. Pink* (Qué.), 22232, leave to appeal granted, 2.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Union Bank of Middle East c. Banque Royale du Canada* (Qué.), 22223, leave to appeal refused with costs, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.* (Nfld.), 22023, leave to appeal granted, 25.1.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Valance v. Sjouernan* (Ont.), 21969, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Viele v. Plut* (Ont.), 22187, leave to appeal refused with costs, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vinogradov v. Governors of the University of Calgary* (Alta.), 22171, leave to appeal refused with costs, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vojic v. The Ministry of National Revenue* (F.C.A.)(Ont.), 22140, leave to appeal refused with costs, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- W.D. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22261, leave to appeal refused, 21.3.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Walmsley v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22077, leave to appeal refused, 7.2.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Ward v. The Queen on the information of William Lowe* (Crim.)(N.S.), 22222, leave to appeal refused, 2.5.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Wawanesa Mutual Insurance Co. v. O'Hara* (Alta.), 22178, leave to appeal refused with costs, 18.4.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Weitzman c. Cité de Westmount* (Qué.), 22095, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Williams (Byron Leslie) v. British Columbia Securities Commission* (B.C.), 22088, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Williams (Glenn) v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 22116, leave to appeal granted, 14.3.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Winnipeg (City of) v. Canadian Mental Health Association* (Man.), 22005, leave to appeal refused with costs, 14.3.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wire Rope Industries Ltd. v. Amsted Industries Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 22085, leave to appeal refused with costs, 17.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wong v. Sigouin* (B.C.), 22150, leave to appeal refused with costs, 31.1.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Workers' Compensation Board v. Amchem Products Inc.* (B.C.), 22256, leave to appeal granted, 20.6.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Workers' Compensation Board v. Cape Breton Development Corp.* (N.S.), 22239, leave to appeal refused with costs, 9.5.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Young v. Young* (B.C.), 22227, leave to appeal granted, 16.5.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Zaki v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22056, leave to appeal refused, 4.4.91, autorisation de pourvoi refusée.



## 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
<b>A</b>			
		Dorion v. Roberge.....	374
		Douglas, R. v.....	301
Allard, United States v.....	861		
Atomic Slipper Co., National Bank of Canada v.	1059		
Attorney General see also “Canada” or the name of province		<b>E</b>	
		Evans, R. v. ....	869
<b>B</b>			
B. (J.N.), R. v.....	66	<b>F</b>	
Barnes, R. v.....	449	F. (J.T.), R. v.....	285
Bolduc, Roberge v.....	374	Fisher, R. v.....	902
British Columbia (Attorney General), Wale v.....	62	Ford v. Dominion of Canada General Insurance Co. ....	136
<b>C</b>			
C. (M.H.), R. v.....	763	<b>H</b>	
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada .....	614	Henley, R. v. ....	116
Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v.....	139	<b>I</b>	
Canada (Employment and Immigration Commis- sion), Caron v. ....	48	Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Vil- lage).....	326
Caron v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	48	Island Fertilizers Ltd., Monk Corp. v. ....	779
Chiarantano, R. v. ....	906	<b>L</b>	
Cole R. v. ....	904	L. (W.K.), R. v.....	1091
Commission see also “Canada” or the name of province		Laferrière v. Lawson.....	541
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada .....	139	Lake Winnipeg (The), Sunrise Co. v. ....	3
Corbeil, National Bank of Canada v.....	117	Lafontaine (Village), Immeubles Port Louis Ltée v. ....	326
Corbeil, R. v.....	830	Landry, R. v. ....	99
<b>D</b>			
Dominion of Canada General Insurance Co., Ford v. ....	136	Lawson, Laferrière v. ....	541

	PAGE		PAGE
<b>M</b>			
M. (D.B.), R. v.....	669	R. v. Reddick (Samual Joseph) .....	1086
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. Romeo .....	86
Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd. ....	779	R. v. S. (P.L.).....	909
<b>N</b>			
National Bank of Canada v. Atomic Slipper Co. ....	1059	R. v. Sherratt .....	509
National Bank of Canada v. Corbeil.....	117	R. v. Smith .....	714
Nipawin and District Satellite T.V. Inc., R. v. ....	64	R. v. Sullivan.....	489
Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary), Vickery v.....	671	R. v. Swain.....	933
<b>O</b>			
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Szabo .....	736
<b>P</b>			
Public Service Alliance of Canada, Canada (Attorney General) v.....	614	R. v. W. (D.).....	742
<b>Q</b>			
Quebec (Deputy Minister of Revenue), Société nationale de fiducie v. ....	907	R. v. W. (D.A.) .....	291
Queen see also "R."		R. (R.L.), R. v. ....	115
<b>R</b>			
R. v. B. (J.N.).....	66	Ratti, R. v. ....	68
R. v. Barnes.....	449	Reddick (Alexander J., Motion No. 1), R. v. ....	297
R. v. C. (M.H.).....	763	Reddick (Alexander J., Motion No. 2), R. v. ....	1105
R. v. Chiarantano .....	906	Reddick (Samuel Joseph), R. v. ....	1086
R. v. Cole .....	904	Reference re <i>Young Offenders Act</i> (P.E.I.).....	252
R. v. Corbeil.....	830	Roberge v. Bolduc.....	374
R. v. Douglas.....	301	Roberge, Dorion v.....	374
R. v. Evans .....	869	Romeo, R. v. ....	86
R. v. F. (J.T.).....	285	<b>S</b>	
R. v. Fisher .....	902	S. (P.L.), R. v. ....	909
R. v. Henley .....	116	Sherratt, R. v. ....	509
R. v. L. (W.K.).....	1091	Smith, R. v. ....	714
R. v. Landry .....	99	Société nationale de fiducie v. Quebec (Deputy Minister of Revenue).....	907
R. v. M. (D.B.).....	669	Sullivan, R. v.....	489
R. v. Nipawin and District Satellite T.V. Inc.....	64	Sunrise Co. v. Lake Winnipeg (The).....	3
R. v. R. (R.L.) .....	115	Swain, R. v.....	933
R. v. Ratti .....	68	Szabo, R. v. ....	736
R. v. Reddick (Alexander J., Motion No. 1).....	297	<b>T</b>	
R. v. Reddick (Alexander J., Motion No. 2).....	1105	The Queen see also "R."	
<b>U</b>			
Union see also under abbreviated name			
		United States v. Allard.....	861
<b>V</b>			
		Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary).....	671
<b>W</b>			
		W. (D.), R. v. ....	742
		W. (D.A.), R. v. ....	291
		Wale v. British Columbia (Attorney-General).....	62

## TABLE DES JUGEMENTS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>D</b>	
Atomic Slipper Co., Banque Nationale du Canada c. ....	1059	Dominion of Canada General Insurance Co., Ford c. ....	136
Allard, États-Unis c. ....	861	Dorion c. Roberge.....	374
Alliance de la Fonction publique du Canada, Canada (Procureur général) c. ....	614	Douglas, R. c. ....	301
<b>B</b>		<b>E</b>	
B. (J.N.), R. c. ....	66	États-Unis c. Allard.....	861
Banque Nationale du Canada c. Atomic Slipper Co. ....	1059	Evans, R. c. ....	869
Banque Nationale du Canada c. Corbeil.....	117	<b>F</b>	
Barnes, R. c. ....	449	F. (J.T.), R. c. ....	285
Bolduc, Roberge c. ....	374	Fisher, R. c. ....	902
<b>C</b>		Ford c. Dominion of Canada General Insurance Co. ....	136
C. (M.H.), R. c. ....	763	<b>H</b>	
Canada, Comité pour la République du Canada c.	139	Henley R., c. ....	116
Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration), Caron c. ....	48	<b>I</b>	
Caron c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	48	Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Vil- lage).....	326
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada.....	614	Island Fertilizers Ltd., Monk Corp. c. ....	779
Chiarantano, R. c. ....	906	<b>L</b>	
Cole R. c. ....	904	L. (W.K.), R. c. ....	1091
Colombie-Britannique (Procureur général), Wale c. ....	62	La Reine voir aussi «R.»	
Comité pour la République du Canada c. Canada	139	Lafontaine (Village), Immeubles Port Louis Ltée c. ....	326
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		Lake Winnipeg (Le), Sunrise Co. c. ....	3
Corbeil, Banque Nationale du Canada c. ....	117	Laferrière c. Lawson .....	541
Corbeil, R. c. ....	830	Landry, R. c. ....	99
Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Proto- notaire), Vickery c. ....	671	Lawson, Laferrière c. ....	541

	PAGE		PAGE
<b>M</b>			
M. (D.B.), R. c. ....	669	R. c. Reddick (Alexander J., Requête n° 2) .....	1105
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Reddick (Samuel Joseph).....	1086
Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.....	779	R. c. Romeo.....	86
		R. c. S. (P.L.).....	909
		R. c. Sherratt.....	509
		R. c. Smith.....	714
		R. c. Sullivan.....	489
		R. c. Swain .....	933
		R. c. Szabo .....	736
<b>N</b>			
Nipawin and District Satellite T.V. Inc., R. c. ....	64	R. c. W. (D.).....	742
		R. c. W. (D.A.).....	291
		R. (R.L.), R. c. ....	115
		Ratti, R. c. ....	68
		Reddick (Alexander J., Requête n° 1), R. c. ....	297
		Reddick (Alexander J., Requête n° 2), R. c. ....	1105
		Reddick (Samual Joseph), R. c.....	1086
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		Reine voir aussi «R.»	
		Renvoi relatif à la <i>Loi sur les jeunes contrevenants</i> (Î-P.-É.).....	252
		Roberge c. Bolduc.....	374
		Roberge, Dorion c.....	374
		Romeo, R. c.....	86
<b>P</b>			
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province			
<b>Q</b>			
Québec. (Sous-ministre du Revenu), Société nationale de fiducie c.....	907		
<b>R</b>			
R. c. B. (J.N.).....	66		
R. c. Barnes .....	449		
R. c. C. (M.H.).....	763		
R. c. Chiarantano.....	906		
R. c. Cole.....	904		
R. c. Corbeil .....	830		
R. c. Douglas.....	301		
R. c. Evans .....	869		
R. c. F. (J.T.).....	285		
R. c. Fisher .....	902		
R. c. Henley.....	116		
R. c. Landry.....	99		
R. c. L. (W.K.).....	1091		
R. c. M. (D.B.).....	669		
R. c. Nipawin and District Satellite T.V. Inc. ....	64		
R. c. R. (R.L.) .....	115		
R. c. Ratti .....	68		
R. c. Reddick (Alexander J., Requête n° 1) .....	297		
		<b>S</b>	
		S. (P.L.), R. c. ....	909
		Sherratt, R. c.....	509
		Smith, R. c.....	714
		Société nationale de fiducie c. Québec (Sous-ministre du Revenu) .....	907
		Sullivan, R. c. ....	489
		Sunrise Co. c. Lake Winnipeg (Le) .....	3
		Swain, R. c. ....	933
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
		Szabo, R. c. ....	736
		<b>V</b>	
		Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire).....	671
		<b>W</b>	
		W. (D.), R. c.....	742
		W. (D.A.), R. c.....	291
		Wale c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	62



## TABLE OF CASES CITED

---

### TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
Abel and Advisory Review Board, Re.....	(1980), 56 C.C.C. (2d) 153.....	1051
Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy.....	[1983] 1 S.C.R. 403.....	346
Abrahams c. Procureur général du Canada.....	[1983] 1 R.C.S. 2.....	59, 60
Abrahams v. Attorney General of Canada.....	[1983] 1 S.C.R. 2.....	59, 60
Abrams v. United States.....	250 U.S. 616 (1919).....	173
Air Canada v. City of Dorval.....	[1985] 1 S.C.R. 861.....	352
Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.....	[1989] 1 S.C.R. 1554.....	126, 415
Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 v. Board of Governors of Olds College.....	[1982] 1 S.C.R. 923.....	652
Alberta Union of Provincial Employees, section 63 c. Conseil d'administration de Olds College.....	[1982] 1 R.C.S. 923.....	652
Amato v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 418.....	473
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	503, 989
Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission.....	[1969] 2 A.C. 147.....	644
Attorney General of British Columbia v. Smith.....	[1967] S.C.R. 702.....	262, 1007
Attorney General of Canada v. Pattison.....	(1981), 59 C.C.C. (2d) 138.....	1000
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre.....	[1982] 1 S.C.R. 175.....	677, 701
Attorney General of Ontario v. Grady.....	(1988), 34 C.R.R. 289.....	1052
Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada.....	[1945] S.C.R. 600.....	263
Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée.....	[1985] 1 S.C.R. 831.....	446
Attorney General of Quebec v. Farrah.....	[1978] 2 S.C.R. 638.....	360
Attorney General of Quebec v. Grondin.....	[1983] 2 S.C.R. 364.....	281
Attorney General of Quebec v. Labrecque.....	[1980] 2 S.C.R. 1057.....	446
<b>B</b>		
B.C. Motor Vehicle Act, Re.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	969, 1033, 1042
Baker v. Willoughby.....	[1969] 1 Q.B. 38.....	17
Baker v. Willoughby.....	[1969] 3 All E.R. 1528.....	28
Banque Canadienne Nationale v. Lefavre.....	[1951] Que. K.B. 83.....	1079
Banque Nationale du Canada c. Corbeil.....	[1991] 1 R.C.S. 117.....	1082
Banque Provinciale du Canada c. Gagnon.....	[1981] 2 R.C.S. 98.....	1082

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Beauchamp v. Cité d'Outremont .....	[1970] C.A. 286 .....	351
Beaupré v. Joly .....	[1971] C.S. 199 .....	588
Bédard v. Lavoie .....	[1987] R.R.A. 83 .....	427
Bell v. Ontario Human Rights Commission .....	[1971] S.C.R. 756 .....	650
Belo Broadcasting Corp. v. Clark .....	654 F.2d 423 (1981) .....	695
Blanco c. Commission des loyers .....	[1980] 2 R.C.S. 827 .....	650
Blanco v. Rental Commission .....	[1980] 2 S.C.R. 827 .....	650
Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc. ....	107 S.Ct. 2568 (1987) .....	223
Boily v. Corporation de St-Henri de Taillon .....	(1920), 61 S.C.R. 40 .....	356
Borowski c. Canada (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 342 .....	971
Borowski v. Canada (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 342 .....	971
Boucher v. The King .....	[1951] S.C.R. 265 .....	175
Brabander v. Goulet .....	[1985] C.A. 36 .....	550
Brantwood Manor Nursing Homes Ltd. ....	(1986), 12 C.L.R.B.R. (N.S.) 332 .....	631
Brooks v. Canada Safeway Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 1219 .....	503
Brown v. Corporation of the Village of Asbestos .....	(1929), 67 C.S. 531 .....	348
Brussels .....	February 12, 1957, Pas. 1958, II, 1 .....	581
Brussels .....	January 19, 1965, Pas. 1966, II, 13 .....	582
Brussels .....	Unreported/Inédit, 2nd Ch. civ., October 22, 1982, Cass. 1st Ch., January 19, 1984, Pas. 1984, I, 548 .....	582
Buchanan v. Commission des accidents du travail .....	[1981] C.A. 325 .....	411
<b>C</b>		
Caccamo v. The Queen .....	[1976] 1 S.C.R. 786 .....	774
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd. ....	[1989] 2 S.C.R. 983 .....	629, 652
Caisse populaire St-Étienne de La Malbaie v. Tremblay .....	[1986] R.D.I. 554 .....	429
California (State) v. Ogoshi .....	(1989), 51 C.C.C. (3d) 193 .....	867
Canada (Attorney General) v. Brault .....	[1987] 2 S.C.R. 489 .....	637, 665
Canada Motor Car Co. v. Béchard .....	(1924), 37 Que. K.B. 294 .....	1080
Canada Post Corp. v. C.U.P.W. ....	[1989] 1 F.C. 176 .....	639
Canada (Procureur général) c. Brault .....	[1987] 2 R.C.S. 489 .....	637, 665
Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec .....	[1951] A.C. 179 .....	998
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Heppner .....	(1965), 51 D.L.R. (2d) 254 .....	1079
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Zidle .....	C.A. Montréal, No. 500-09-000925-768, August 26, 1980 .....	123
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp. ....	[1979] 2 S.C.R. 227 .....	649
Cannon, Re .....	(1908), 14 C.C.C. 186 .....	866
Cargill Grain Co. v. Foundation Co. of Canada .....	[1965] S.C.R. 594 .....	416
Carslogie Steamship Co. v. Royal Norwegian Government .....	[1952] A.C. 292 .....	9, 23
Cass. civ. 1st. ....	February 7, 1990, Bull. civ. 1990, I, n° 39, p. 30 .....	568
Cass. civ. 1st. ....	January 10, 1990, Bull. civ. 1990, I, n° 10, p. 8 .....	568

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Cass. civ. 1st.....	June 7, 1989, Bull. civ. 1989, I, n° 230, p. 154.....	568
Cass. civ. 1st.....	March 29, 1989, Bull. civ. 1989, I, n° 147, p. 97.....	568
Cass. civ. 1st.....	May 31, 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 165, p. 114.....	568
Cass. civ. 1st.....	October 11, 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 281, p. 192.....	568
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147.....	391
Chicago Area Military Project v. City of Chicago.....	508 F.2d 921 (1975).....	204
Christie v. Leachinsky.....	[1947] A.C. 573.....	875
Cie Robert Simpson Montréal Ltée c. Hamburg-Amerika Linie Norddeutscher/.....	[1973] C.F. 1356.....	780
Cité de Sillery v. Sun Oil Co.....	[1962] Que. Q.B. 914, aff'd [1964] S.C.R. 552.....	335
City of Beaconsfield v. Bagosy (1974).....	[1982] J.M. 92.....	336
City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.....	[1985] 1 S.C.R. 368.....	209
Clarkson v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 383.....	727, 893
Colpitts v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 739.....	916
Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire Inc. v. Ville de St-Césaire.....	[1985] C.S. 35.....	335
Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec v. Pillin.....	[1983] C.A. 277.....	335
Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Com- mission of New York.....	447 U.S. 530 (1980).....	233
Container Materials Ltd. v. The King.....	[1942] S.C.R. 147.....	314
Cooper v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 1149.....	107, 112
Coronation Credit Corp. v. Giasson.....	J.E. 79-546.....	437
Corporation de la paroisse de St-Joseph de Maskinongé v. Boucher.....	(1926), 41 Que. K.B. 359.....	344
Corporation de la Rivière du Gouffre v. Larouche.....	(1925), 39 Que. K.B. 267.....	350
Corporation de St-Joseph de Beauce v. Lessard.....	[1954] Que. K.B. 475.....	350
Corporation du village de St-Ulric de la Rivière Blanche v. Corpo- ration du comté de Matane.....	(1924), 38 Que. K.B. 247.....	350
Corporation municipale de la Cité de Sept-Îles c. Rioux.....	[1985] C.A. 295.....	369
Corporation municipale du Village de Ste-Anne-du-Lac v. Hogue.....	[1959] S.C.R. 38.....	353
Côté v. Corporation of the County of Drummond.....	[1924] S.C.R. 186.....	362
Côté v. Drolet.....	[1986] R.L. 236.....	397
Cox v. Louisiana.....	379 U.S. 536 (1965).....	200
Cox Broadcasting Corp. v. Cohn.....	420 U.S. 469 (1975).....	689
Craig v. Harney.....	331 U.S. 367 (1947).....	689
Cromer v. B.C. Teachers' Federation.....	[1986] 5 W.W.R. 638.....	180
Cunliffe and Law Society of British Columbia, Re.....	(1984), 13 C.C.C. (3d) 560.....	773
<b>D</b>		
Darveau v. Tessier.....	[1986] R.J.Q. 2770.....	422
Dechène v. City of Montreal.....	[1894] A.C. 640.....	343
Desy v. Corporation de St-Constant.....	(1923), 36 Que. K.B. 202.....	356

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
DeWare v. The Queen.....	[1954] S.C.R. 182.....	161
Dodds v. Schierz .....	[1986] R.J.Q. 2623 .....	607
Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line.....	[1984] 1 F.C. 211 .....	817
Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie .....	[1924] S.C.R. 511 .....	344
Doré v. Canada.....	[1987] 2 S.C.R. 503.....	625, 644
Douglas Aircraft Co. of Canada Ltd. v. McConnell.....	[1980] 1 S.C.R. 245.....	652
Duke v. The Queen.....	[1972] S.C.R. 917.....	774
Dupond c. Ville de Montréal.....	[1978] 2 R.C.S. 770.....	199
Dupond v. City of Montreal.....	[1978] 2 S.C.R. 770.....	199

## E

Eaton v. St. James Assiniboia Community Committee .....	[1974] 2 W.W.R. 342.....	355
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	170, 245, 703
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General) .....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	170, 245, 703
Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board. Re.....	(1983), 42 O.R. (2d) 268.....	1051
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	221
Ex parte Drawbaugh.....	2 App. D.C. 404 .....	688

## F

Faretta v. California .....	422 U.S. 806 (1975).....	970
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	176
Ford v. Quebec (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	176
Fournier & Papillon Ltée v. Simard .....	[1987] R.R.A. 566 .....	430
Fowler v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 213.....	1001
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction pu- blique .....	[1985] 2 R.C.S. 455.....	179
Fraser v. Public Service Staff Relations Board .....	[1985] 2 S.C.R. 455.....	179
Frendak v. United States.....	408 A.2d 364 (1979) .....	1029

## G

G. v. C. ....	[1960] Que. Q.B. 161.....	436
Gabriola Building Supplies Ltd. v. Lloyds Bank of Canada.....	(1989), 72 C.B.R. (N.S.) 188 .....	1080
Gburek v. Cohen .....	[1988] R.J.Q. 2424 .....	597
Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen.....	[1956]S.C.R. 303 .....	999
Gravel v. City of St-Léonard.....	[1978] 1 S.C.R. 660.....	353
Gray v. Powell.....	314 U.S. 402 (1941).....	647
Grayned v. City of Rockford.....	408 U.S. 104 (1972).....	212
Grenier v. Gervais.....	[1950] Que. K.B. 60.....	587
Guérin c. R. ....	[1984] C.A. 305.....	518
Guillemette v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 356.....	466, 468, 504

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>H</b>		
Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton.....	[1982] 1 All E.R. 1042.....	711
Hague v. Committee for Industrial Organization .....	307 U.S. 496 (1939).....	150, 199, 230
Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton, Re .....	(1983), 143 D.L.R. (3d) 498 .....	210
Harelkin v. University of Regina .....	[1979] 2 S.C.R. 561.....	364
Harrison v. Carswell .....	[1976] 2 S.C.R. 200.....	195
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	59, 60
Hills v. Canada (Attorney General) .....	[1988] 1 S.C.R. 513.....	59, 60
Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming.....	[1980] 2 S.C.R. 1011.....	364
Hôpital général de la région de l'amiante Inc. v. Perron.....	[1979] C.A. 567 .....	394
Hôtel-Dieu de Québec v. Bois.....	[1977] C.A. 563 .....	429
Hotson v. East Berkshire Area Health Authority .....	[1987] A.C. 750 .....	608
Houle c. Banque Canadienne Nationale.....	[1990] 3 R.C.S. 122.....	1071
Houle v. Canadian National Bank.....	[1990] 3 S.C.R. 122.....	1071
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	1024
<b>I</b>		
In re Counhaye .....	(1873), L.R. 8 Q.B. 410 .....	867
In re National Broadcasting Co. ....	653 F.2d 609 (1981).....	695
In re Reed: Caisse populaire Desjardins de Côte St-Paul v. Diamond Co. ....	[1981] C.S. 944.....	419
Irony v. Rosenberg.....	[1974] C.A. 515 .....	409
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927.....	157, 171, 227, 983, 1031
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	157, 171, 227, 983, 1031
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. ....	[1986] 1 S.C.R. 752.....	788, 805
<b>J</b>		
J.E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée.....	[1985] C.A. 275 .....	607
Janiak v. Ippolito.....	[1985] 1 S.C.R. 146.....	446
John v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 476.....	917
Jollimore v. Nova Scotia (A.G.).....	(1986), 75 N.S.R. (2d) 191 .....	1051
Jones v. United States.....	463 U.S. 354 (1983).....	1014
<b>K</b>		
Kienapple v. The Queen .....	[1975] 1 S.C.R. 729.....	469, 504
Kjeldsen v. The Queen .....	[1981] 2 S.C.R. 617.....	109, 112, 963
Korponay v. Attorney General of Canada .....	[1982] 1 S.C.R. 41.....	894
Korponay c. Procureur général du Canada .....	[1982] 1 R.C.S. 41.....	894
Kuhr v. The "Friedrich Busse".....	[1982] 2 F.C. 709 .....	820

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>L</b>		
La Reine c. Canadian Vickers Ltd. ....	[1978] 2 C.F. 675 .....	816
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd. ....	[1949] A.C. 134 .....	271
Lachambre v. Perreault .....	(1983) .....	
Lacourcière v. Laplante .....	[1976] C.A. 433 .....	587
Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc. ....	Unreported/Inédit, S.C.C., No. 21373, October 3, 1990 .....	446
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur .....	[1989] R.J.Q. 2619 .....	597
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) .....	[1989] 1 S.C.R. 705 .....	607
Legault v. Thiffault .....	[1976] C.A. 729 .....	395
Lehman v. City of Shaker Heights .....	418 U.S. 298 (1974) .....	204
Lemay v. The King .....	[1952] 1 S.C.R. 232 .....	774
Lewis v. The King .....	(1949), 97 C.C.C. 268 .....	845
Liège .....	Unreported/Inédit, 7th Ch., November 24, 1971, R.G. n° 1201/70 .....	581
Lingley c. Commission d'examen du Nouveau-Brunswick .....	[1973] C.F. 861 .....	1005
Lingley v. New Brunswick Board of Review .....	(1973), 13 C.C.C. (2d) 303 .....	1005
Lortie c. La Reine .....	[1985] C.A. 451 .....	679
Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise .....	[1985] 1 C.F. 85 .....	211
Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise .....	[1985] 1 F.C. 85 .....	211
<b>M</b>		
MacDonald c. Ville de Montréal .....	[1986] 1 R.C.S. 460 .....	392
MacDonald v. City of Montreal .....	[1986] 1 S.C.R. 460 .....	392
MacDonald v. Vapour Canada Ltd. ....	[1977] 2 S.C.R. 134 .....	1000
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd. ....	[1987] 1 S.C.R. 110 .....	370, 711, 1023
Manitoba Language Rights, Re .....	[1985] 1 S.C.R. 721 .....	1022
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd. ....	[1987] 1 R.C.S. 110 .....	370, 711, 1023
Marine Insurance Co. v. China Transpacific Steamship Co. (The Vancouver) .....	(1886), 11 App. Cas. 573 .....	30
Markel Insurance Co. of Canada v. Travelers du Canada .....	[1986] R.D.J. 516 .....	407
Marsh v. Alabama .....	326 U.S. 501 (1946) .....	195, 230
McCann and The Queen, Re .....	(1982), 67 C.C.C. (2d) 180 .....	1051
McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick .....	[1983] 1 R.C.S. 704 .....	264
McEvoy v. Attorney General for New Brunswick .....	[1983] 1 S.C.R. 704 .....	264
McKinney c. Université de Guelph .....	[1990] 3 R.C.S. 229 .....	207, 990
McKinney v. University of Guelph .....	[1990] 3 S.C.R. 229 .....	207, 990
McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 654 .....	812
Mercure v. A. Marquette & Fils Inc. ....	[1977] 1 S.C.R. 547 .....	419
Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796 .....	[1970] S.C.R. 425 .....	650
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863 .....	1097
Ministre du Revenu National v. Lafleur .....	[1964] S.C.R. 412 .....	263
Montreal Light, Heat & Power Cons. v. City of Westmount .....	[1926] S.C.R. 515 .....	347
Moran v. Burbine .....	475 U.S. 412 (1986) .....	726
Morin v. Blais .....	[1977] 1 S.C.R. 570 .....	607

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>N</b>		
Nadeau v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 570.....	748
National Bank of Canada v. Corbeil.....	[1991] 1 S.C.R. 117.....	1082
National Bank of Canada v. Soucisse.....	[1981] 2 S.C.R. 339.....	123
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations).....	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	649
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	649
National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc. ....	322 U.S. 111 (1944).....	647
Nebraska Press Assn. v. Stuart.....	427 U.S. 539 (1976).....	690
New York Times Co. v. Sullivan .....	376 U.S. 254 (1964).....	173
Nixon v. Warner Communications, Inc.....	435 U.S. 589 (1978).....	683, 692
<b>O</b>		
O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co. ....	(1893), 22 S.C.R. 276.....	162
O'Reilly v. Mackman.....	[1983] 2 A.C. 237.....	646
Omer Barré Ltd. v. Gravel .....	(1940), 78 C.S. 262 .....	1080
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 206.....	813
Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors, Re .....	(1983), 41 O.R. (2d) 583.....	211
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd. ....	[1989] 1 R.C.S. 206.....	813
<b>P</b>		
Palachik v. Kiss.....	[1983] 1 S.C.R. 623.....	446
Palko v. Connecticut .....	302 U.S. 319 (1937).....	170
Palmer v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 759.....	85, 776
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	1088, 1089
Patterson v. The Queen.....	[1968] S.C.R. 157 .....	853
Performance Cars Ltd. v. Abraham.....	[1962] 1 Q.B. 33.....	17
Perron v. The Queen.....	(1954), 110 C.C.C. 197 .....	844
Perron v. The Queen.....	(1954), 18 C.R. 270.....	844
Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association .....	460 U.S. 37 (1983).....	150, 233
Pesant v. Langevin.....	(1926), 41 Que. K.B. 412.....	414
Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd. ....	(1971), 18 D.L.R. (3d) 641 .....	971
Plante v. Lafleur.....	[1990] R.R.A. 290 .....	396
Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée .....	[1985] 1 R.C.S. 831.....	446
Procureur général du Québec c. Farrah .....	[1978] 2 R.C.S. 638.....	360
Procureur général du Québec c. Grondin.....	[1983] 2 R.C.S. 364.....	281
Procureur général du Québec c. Labrecque.....	[1980] 2 R.C.S. 1057.....	446
Provincial Bank of Canada v. Gagnon.....	[1981] 2 S.C.R. 98.....	132, 1082
PruneYard Shopping Center v. Robins .....	447 U.S. 74 (1980).....	196

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>Q</b>		
Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd. ....	[1989] 2 S.C.R. 683.....	791
Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée .....	[1977] 2 R.C.S. 1054.....	812
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.....	[1977] 2 S.C.R. 1054.....	812
Québec (Procureur général) v. Giroux .....	[1988] R.J.Q. 1774 .....	363
<b>R</b>		
R. v. Abbey .....	[1982] 2 S.C.R. 24.....	109, 112
R. v. Anderson .....	(1984), 10 C.C.C. (3d) 417 .....	891
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	976
R. v. B. (C.R.).....	[1990] 1 S.C.R. 717.....	771
R. v. B. (G.) .....	[1990] 2 S.C.R. 30.....	315, 769
R. v. Barrow .....	[1987] 2 S.C.R. 694.....	518
R. v. Beare; R. v. Higgins.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	1048
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	170
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138.....	723, 886, 900
R. v. Broyles.....	(1987), 82 A.R. 238.....	892, 899
R. v. Brydges.....	[1990] 1 S.C.R. 190.....	1022
R. v. Cassidy .....	[1989] 2 S.C.R. 345.....	475
R. v. Challice.....	(1979), 45 C.C.C. (2d) 546 .....	748, 757
R. v. Chase .....	[1987] 2 S.C.R. 293.....	913, 923
R. v. Chaulk .....	[1990] 3 S.C.R. 1303....	77, 83, 85, 94, 96, 97, 108, 111, 113, 970
R. v. Cohen.....	[1939] S.C.R. 212 .....	844
R. v. Cohn .....	(1984), 48 O.R. (2d) 65.....	211
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	723, 895, 1098
R. v. Corbett .....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	761, 1044
R. v. Côté .....	[1978] 1 S.C.R. 8.....	312
R. v. Cotroni.....	[1979] 2 S.C.R. 256.....	316
R. v. Desveaux .....	(1986), 26 C.C.C. (3d) 88 .....	760
R. v. Duarte .....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	479
R. v. Dymment .....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	479
R. v. Eakins .....	(1943), 79 C.C.C. 256 .....	845
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	220, 247, 983, 1030
R. v. F. (G.A.).....	(1987), 30 C.R.R. 187 .....	1096
R. v. F. (G.A.).....	(1989), 69 C.R. (3d) 92.....	1097
R. v. Fraser .....	(1984), 16 C.C.C. (3d) 250 .....	734
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	298
R. v. Girone and Genoe.....	(1953), 106 C.C.C. 33 .....	845
R. v. Greffe.....	[1990] 1 S.C.R. 755.....	725
R. v. Guérin and Pimparé.....	(1984), 13 C.C.C. (3d) 231 .....	518
R. v. Hebert .....	[1990] 2 S.C.R. 151.....	207, 971
R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 1 .....	314
R. v. Hubbert.....	(1975), 29 C.C.C. (2d) 279 .....	517, 538
R. v. Hufsky .....	[1988] 1 S.C.R. 621.....	1054
R. v. Jewitt .....	[1985] 2 S.C.R. 128.....	465, 477, 1094



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Kalanj .....	[1989] 1 S.C.R. 1594.....	1094
R. v. Karavasilis .....	(1980), 54 C.C.C. (2d) 530.....	853
R. v. Keegstra .....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	171
R. v. Kelly .....	(1985), 17 C.C.C. (3d) 419 .....	886
R. v. Kerim .....	[1963] S.C.R. 124.....	834, 838
R. v. Kokesch .....	[1990] 3 S.C.R. 3.....	479
R. v. Kopyto .....	(1987), 24 O.A.C. 81.....	181
R. v. Kray .....	(1969), 53 Cr. App. R. 412.....	536
R. v. Lane and Ross.....	(1969), 6 C.R.N.S. 273.....	761
R. v. Lavallee .....	[1990] 1 S.C.R. 852.....	503
R. v. Leaney .....	[1989] 2 S.C.R. 393.....	917
R. v. LeBeau .....	(1988), 62 C.R. (3d) 157.....	212
R. v. Luxton .....	[1990] 2 S.C.R. 711.....	1055
R. v. Lyons .....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	999, 1050
R. v. M.(S.H.).....	[1989] 2 S.C.R. 446.....	269, 281
R. v. MacDonald .....	(1989), 48 C.C.C. (3d) 230.....	753
R. v. Mack .....	[1988] 2 S.C.R. 903.....	455, 467, 479
R. v. Mailloux .....	[1988] 2 S.C.R. 1029.....	109, 377
R. v. Manninen.....	[1987] 1 S.C.R. 1233.....	890
R. v. Mannix.....	(1905), 10 C.C.C. 150 .....	842
R. v. Marin .....	(1937), 68 C.C.C. 245 .....	844
R. v. Mark .....	(1924), 43 C.C.C. 368 .....	844
R. v. Marsh.....	(1979), 31 C.R. (3d) 363.....	499
R. v. McCaul .....	Bulletin of Procedures of the S.C.C., 27-09-91, p. 1995.....	1107
R. v. McLellan .....	(1980), 55 C.C.C. (2d) 543 .....	839
R. v. Miket .....	(1938), 53 B.C.R. 37 .....	844
R. v. Morgentaler .....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	970
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	748, 753, 777
R. v. Nelson.....	(1982), 32 C.R. (3d) 256.....	892
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	198, 246, 979, 1030, 1037
R. v. Paterson, Ackworth and Kovach.....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 137 .....	17
R. v. Pelletier.....	[1986] R.J.Q. 595, 27 C.C.C. (3d) 77 .....	211
R. v. Pierce and Golloher .....	(1982), 66 C.C.C. (2d) 388 .....	835, 839
R. v. Potvin.....	[1989] 1 S.C.R. 525.....	1048
R. v. Prince.....	[1986] 2 S.C.R. 480.....	470
R. v. Provo .....	[1989] 2 S.C.R. 3.....	469, 504
R. v. Red Hot Video Ltd. ....	(1985), 45 C.R. (3d) 36.....	211
R. v. Richards.....	(1938), 70 C.C.C. 105 .....	844
R. v. Roberts.....	(1975), 24 C.C.C. (2d) 539 .....	758
R. v. Ross .....	[1989] 1 S.C.R. 3.....	890
R. v. Rubenstein.....	[1960] O.R. 133.....	846
R. v. Ryan.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 1 .....	313
R. v. Saxell.....	(1980), 59 C.C.C. (2d) 176 ....	961, 1024, 1046
R. v. Simpson.....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 337 ....	961, 1024, 1044
R. v. Smith .....	(1908), 12 O.W.R. 80.....	844
R. v. Smith and Bird.....	(1951), 102 C.C.C. 126 .....	845

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Sokol.....	(1949), 95 C.C.C. 360.....	845
R. v. Sorko.....	[1969] 4 C.C.C. 241.....	853
R. v. Sorvari.....	(1937), 69 C.C.C. 281.....	844
R. v. Stolar.....	[1988] 1 S.C.R. 480.....	299, 777
R. v. Stone (No. 2).....	(1911), 17 C.C.C. 377.....	866
R. v. Strachan.....	[1988] 2 S.C.R. 980.....	732
R. v. Terlecki.....	(1983), 4 C.C.C. (3d) 522.....	471, 507
R. v. Thatcher.....	[1987] 1 S.C.R. 652.....	753
R. v. Therens.....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	207, 244, 968
R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.....	[1980] 1 S.C.R. 695.....	814
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	207
R. v. Turpin.....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	990, 1028
R. v. Tutton.....	[1989] 1 S.C.R. 1392.....	268
R. v. Videoflicks Ltd.....	(1984), 48 O.R. (2d) 395.....	189
R. v. Wis Development Corp.....	[1984] 1 S.C.R. 485.....	312
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	479
R. v. Woszczyzna; R. v. Soucy.....	(1983), 6 C.C.C. (3d) 221.....	852
R. v. Yebes.....	[1987] 2 S.C.R. 168.....	926
R. v. Zundel.....	(1987), 58 O.R. (2d) 129.....	211
R. v. Zundel (No. 1).....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 97.....	529
Racal Communications Ltd., Re.....	[1981] A.C. 374.....	645
Rebic and The Queen, Re.....	(1986), 28 C.C.C. (3d) 154.....	1004
Reference re Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398.....	261
Reference re Industrial Relations and Disputes Act.....	[1955] S.C.R. 529.....	818
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.).....	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	185, 835, 983
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act....	[1949] S.C.R. 1.....	998
Reference re Young Offenders Act (P.E.I.).....	[1991] 1 S.C.R. 252.....	285, 293, 295
Reference Re Alberta Statutes.....	[1938] S.C.R. 100.....	175
Regents of the University of California v. Bakke.....	438 U.S. 265 (1978).....	224
Regina and Lortie, Re.....	[1985] C.A. 451, 21 C.C.C. (3d) 436.....	679
Regina and R.I.C., Re.....	(1986), 32 C.C.C. (3d) 399.....	313
Regina v. Aston University Senate, Ex parte Roffey.....	[1969] 2 Q.B. 538.....	366
Regina v. Herrod, Ex parte Leeds City District Council.....	[1976] Q.B. 540.....	367
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	969, 1033, 1042
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	185, 835, 983
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle.....	[1981] 1 R.C.S. 714.....	264, 275, 281
Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.).....	[1991] 1 R.C.S. 252.....	285, 293, 295
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.....	[1985] 1 R.C.S. 721.....	1022
Residential Tenancies Act, 1979, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	264, 275, 281
Rex v. Glamorganshire Appeal Tribunal, Ex parte Fricker.....	(1917), 33 T.L.R. 152.....	367
Rex v. Stafford Justices, Ex parte Stafford Corporation.....	[1940] 2 K.B. 33.....	368
Riberdy v. Laroche.....	[1986] R.D.J. 510.....	421
Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia.....	448 U.S. 555 (1980).....	690
Rickard v. The Queen.....	[1970] S.C.R. 1022.....	468, 504
Robert Simpson Montreal Ltd. v. Hamburg-Amerika Linie Nord- deutscher.....	[1973] F.C. 1356.....	799
Roberts v. Canada.....	[1989] 1 S.C.R. 322.....	793, 813

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Rockert v. The Queen .....	[1978] 2 S.C.R. 704.....	851
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	185
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario .....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	185
Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.....	[1990] 2 S.C.R. 440.....	415
Rosemex Inc. v. Banque de Montréal.....	[1990] R.J.Q. 344 .....	1075
Rosen v. Port of Portland .....	641 F.2d 1243 (1981).....	204
Roth v. United States .....	354 U.S. 476 (1957).....	224
Rourke v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 1021.....	1099
Ruabon Steamship Company v. London Assurance.....	(1899), 9 Asp. M.C. (N.S.) 2.....	29
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	183, 245, 968
<b>S</b>		
Samson v. Ville de St-Bruno de Montarville.....	[1981] C.A. 193 .....	369
Saumur v. City of Quebec .....	[1953] 2 S.C.R. 299.....	179, 230
Schneider v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 112.....	1002
Schwartz v. The Queen.....	1977] 1 S.C.R. 673.....	78, 107
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	183, 245, 968
Service Employees International Union, Local 204 v. Kennedy Lodge Inc. ....	[1984] O.L.R.B. Rep. July 931 .....	631
Shannon Realities, Ltd. v. Ville de St. Michel.....	[1924] A.C. 185 .....	343
Shawinigan Engineering Company v. Naud.....	[1929] S.C.R. 341 .....	607
Sheppard v. Maxwell .....	384 U.S. 333 (1966).....	689
Sidbec-Dosco Inc. v. Commission de la santé et de la sécurité au travail.....	[1987] R.J.Q. 197 .....	362
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	964, 1050
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	964, 1050
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	163, 207, 1009
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	606
Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans .....	[1989] 1 S.C.R. 238.....	261, 275, 282
Société canadienne des postes c. S.P.C. ....	[1989] 1 C.F. 176 .....	639
Sœurs de Jeanne-d'Arc v. Aqueduc de Sillery.....	(1929), 47 Que. K.B. 235.....	369
Sœurs Dominicaines de l'Enfant-Jésus v. Corporation de la paroisse de St-Colomb-de-Sillery .....	(1928), 45 Que. K.B. 101.....	347
Sol-Air B.G. Inc. v. Marsh & McLennan.....	[1988] R.R.A. 206 .....	590
Solomon v. McLaughlin .....	[1982] 4 W.W.R. 415.....	678
Sous-ministre du revenu du Québec v. Goyer.....	Bulletin of Proceedings of the S.C.C., 10-12- 87, p. 1612 .....	446
St-Louis Automobiles Ltée v. Banque Nationale du Canada .....	(1981), 42 C.B.R. (N.S.) 275 .....	1079
Stein c. Le navire "Kathy K".....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	37
Stein v. The Ship "Kathy K" .....	[1976] 2 S.C.R. 802.....	37
Stene and Lakeman Construction v. Evans and Thibault .....	(1958), 24 W.W.R. 592.....	17
Sumitomo Shoji Canada Ltd. v. The "Juzan Maru" .....	[1974] 2 F.C. 488 .....	820
Sunday Times case .....	Judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30.....	210
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285 .....	170
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick .....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	649

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte.....	[1982] 1 R.C.S. 710.....	652
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board .....	[1984] 2 S.C.R. 412.....	653
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail .....	[1984] 2 R.C.S. 412.....	653
Syndicat Général du Cinéma et de la Télévision (S.G.C.T.) v. The Queen.....	[1978] 1 F.C. 346.....	625, 643

## T

Tardif v. Laverrière .....	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Mégantic, No. 6210, November 10, 1976 (summarized at [1976] C.S. 1803).....	584
Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte.....	[1982] 1 S.C.R. 710.....	652
Terlecki v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 483.....	500
The Acanthus.....	[1902] P. 17 .....	34
The Chekiang.....	[1926] A.C. 637 .....	34, 312
The Ferdinand Retzlaff .....	[1972] 2 Lloyd's Rep. 120.....	34
The Hauk .....	(1927), 30 Ll. L. Rep. 139.....	15
The Haversham Grange .....	[1905] P. 307 .....	9, 29
The Oinoussian Friendship .....	[1987] 1 Lloyd's Rep. 258.....	23
The Queen v. Canadian Vickers Ltd. ....	[1978] 2 F.C. 675 .....	816
The Queen v. Sheward.....	(1880), 5 Q.B.D. 179.....	367
Théberge c. Métabetchouan (Town).....	[1987] 2 S.C.R. 746.....	353
Theirlynck v. The King .....	[1931] S.C.R. 478 .....	853
Thériault v. Corporation de la Paroisse de Notre-Dame du Lac.....	(1903), 9 R. de J. 326 .....	349
Thomassin v. General Finance Corp.....	[1953] Que. Q.B. 375 .....	1070
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	1033
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) .....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	1033
Three Rivers Boatman Ltd. v. Conseil canadien des relations ouvrières .....	[1969] S.C.R. 607 .....	359
Town of St. Louis v. Citizens Light and Power Co.....	(1903), 13 Que. K.B. 19.....	352
Tremblay v. Corporation des Éboulements.....	(1923), 35 Que. K.B. 474.....	344
Tremblay v. D'Amours .....	[1972] C.S. 144 .....	405
Tremblay v. Daigle.....	[1989] 2 S.C.R. 530.....	501
Triglav v. Terrasses Jewellers Inc. ....	[1983] 1 S.C.R. 283.....	822
Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.....	[1979] 2 S.C.R. 157.....	816
Trudeau v. Devost .....	[1942] S.C.R. 257 .....	343

## U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	628, 655
U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States.....	708 F.2d 760 (1983).....	204

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Udall v. Tallman.....	380 U.S. 1 (1965).....	648
United States of America and Smith, Re.....	(1984), 15 C.C.C. (3d) 16.....	866
United States of America v. Binder.....	Unreported/Inédit, Ont. Dist. Ct., December 17, 1985.....	866
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	221
United States v. Beckham.....	789 F.2d 401 (1986).....	696
United States v. Criden.....	648 F.2d 814 (1981).....	695
United States v. Edwards.....	672 F.2d 1289 (1982).....	696
United States v. Grace.....	461 U.S. 171 (1983).....	219
United States v. Mitchell.....	551 F.2d 1252 (1976).....	692
United States v. Myers.....	635 F.2d 945 (1980).....	695
United States v. Webbe.....	791 F.2d 103 (1986).....	696

### V

Vachon v. Attorney General of Quebec.....	[1979] 1 S.C.R. 555.....	360
Vail v. MacDonald.....	[1976] 2 S.C.R. 825.....	427
Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the Dis- trict of Nevada.....	798 F.2d 1289 (1986).....	697
Van Finance Ltd. v. Sogelong Inc.....	[1989] R.D.J. 233.....	410
Ville de Beaconsfield v. Brunet.....	(1920), 31 Que. K.B. 196.....	349
Ville de La Tuque v. Desbiens.....	(1919), 30 Que. K.B. 20.....	345
Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.....	[1985] 1 R.C.S. 368.....	211
Villemure v. Hôpital Notre-Dame.....	[1973] S.C.R. 716.....	435
Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720.....	[1980] 1 R.C.S. 178.....	652
Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720.....	[1980] 1 S.C.R. 178.....	652

### W

Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.....	[1981] 1 S.C.R. 578.....	415
West Virginia State Board of Education v. Barnett.....	319 U.S. 624 (1943).....	174
Whalem v. United States.....	346 F.2d 812 (1965).....	1029
Whitbread v. Walley.....	[1990] 3 S.C.R. 1273.....	793
Whitney v. California.....	274 U.S. 357 (1927).....	173
Wildman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 311.....	917
Wilson v. Rowswell.....	[1970] S.C.R. 865.....	550
Wilson v. The Queen.....	[1953] Que. Q.B. 424.....	844
Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg.....	[1965] S.C.R. 512.....	354

### X

X. v. Mellen.....	[1957] Que. Q.B. 389.....	394
-------------------	---------------------------	-----

### Z

Zuk v. Mihaly.....	[1989] R.R.A. 737.....	596
--------------------	------------------------	-----



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1		s. 11(d).....	68, 86, 509
s. 128.....	1059	s. 11(f).....	509
Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31		s. 32.....	139
s. 14.....	907	Civil Code of Lower Canada	
		art. 1241.....	374
		Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25	
		art. 33.....	326
		art. 61.....	1059
<b>B</b>			
Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1		Constitution Act, 1867	
s. 88.....	1059	s. 91.....	933
s. 89.....	1059	s. 91(10).....	779
Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1		s. 91(27).....	509, 933
s. 178.....	117	s. 92.....	252, 285, 291
s. 179.....	117	s. 92(13).....	779
		s. 92(14).....	509
		s. 96.....	252, 285, 291
		Convention for the Suppression of the Unlawful Seizure of Aircraft, Can. T.S. 1972 No. 23,	
		art. 8(1).....	861
<b>C</b>			
Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9		Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
s. 635.....	3	s. 198.....	489
s. 638.....	3	s. 202.....	489
Canadian Charter of Rights and Free- doms		s. 203.....	489
s. 1.....	68, 86, 139, 933	s. 204.....	489
s. 2(b).....	139	s. 206.....	489
s. 7.....	99, 933, 1091	s. 510.....	301
s. 7(d).....	1091	s. 512.....	301
s. 9.....	933	s. 516(1)(g).....	301
s. 10(a).....	714, 869	s. 529(4.1).....	763
s. 10(b).....	714, 869	s. 542.....	933
s. 11.....	1091	s. 542(2).....	933
s. 11(d).....	1091	s. 554.....	509
s. 15(1).....	933	s. 562.....	509
s. 15(2).....	933	s. 563.....	509
s. 24.....	1091	s. 567.....	509
s. 24(2).....	714, 869	s. 569.....	509
		s. 613.....	489
		s. 761.....	736
		s. 762(1).....	736
		s. 771(1).....	736

	PAGE		PAGE
<b>Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46</b>		<b>M</b>	
s. 16.....	68, 99	<b>Municipal Code</b>	
s. 197(1).....	830	art. 684a.....	326
s. 210(1).....	830	art. 758.....	326
s. 210(2).....	830		
s. 683(1)(d).....	68	<b>N</b>	
s. 686(1)(a)(i).....	68, 909	<b>Negligence Act, R.S.O. 1980, c. 315</b>	
s. 686(1)(a)(ii).....	909	s. 2.....	3
s. 686(1)(b)(ii).....	909	s. 4.....	3
s. 686(1)(b)(iii).....	86, 909	s. 5.....	3
s. 686(1)(d).....	68, 99		
s. 686(2).....	909	<b>P</b>	
s. 686(2)(b).....	68	<b>Public Service Employment Act, R.S.C. 1970,</b>	
s. 686(4)(b)(ii).....	449	c. P-32	
s. 691(2)(a).....	449	s. 8.....	614
s. 693(1)(a).....	449	<b>Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970,</b>	
s. 693(1)(b).....	449	c. P-35	
s. 695(1).....	449	s. 2 "employee".....	614
		s. 33.....	614
<b>E</b>		s. 98.....	614
<b>Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23</b>			
s. 12.....	861	<b>S</b>	
s. 34.....	861	<b>Special Corporate Powers Act, R.S.Q., c. P-16</b>	907
<b>Extradition Treaty Between Canada and the</b>		<b>Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26</b>	
<b>United States of America, December 3, 1971,</b>		s. 40(3).....	449
<b>Can. T.S. 1976 No. 3</b>		s. 47.....	374
art. 18(2), Schedule.....	861	s. 70.....	297
<b>F</b>		<b>U</b>	
<b>Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7</b>		<b>Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-</b>	
s. 2 "Canadian maritime law".....	779	71-72, c. 48	
s. 22.....	779	s. 44(1).....	48
<b>Financial Administration Act, R.S.C., 1985,</b>			
c. F-11			
s. 11(3).....	614		
<b>G</b>			
<b>Government Airport Concession Operations Reg-</b>		<b>Y</b>	
<b>ulations, SOR/79-373</b>		<b>Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110</b>	
s. 6.....	139	s. 2.....	252, 285, 291
s. 7(a).....	139		
s. 7(b).....	139		



## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<b>Charte canadienne des droits et libertés</b>		<b>Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34</b>	
art. 1.....	68, 86, 139, 933	art. 198.....	489
art. 2b).....	139	art. 202.....	489
art. 7.....	99, 933, 1091	art. 203.....	489
art. 7d).....	1091	art. 204.....	489
art. 9.....	933	art. 206.....	489
art. 10a).....	714, 869	art. 510.....	301
art. 10b).....	714, 869	art. 512.....	301
art. 11.....	1091	art. 516(1)g).....	301
art. 11d).....	1091	art. 529(4.1).....	763
art. 15(1).....	933	art. 542.....	933
art. 15(2).....	933	art. 542(2).....	933
art. 24.....	1091	art. 554.....	509
art. 24(2).....	714, 869	art. 562.....	509
art. 11d).....	68, 86, 509	art. 563.....	509
art. 11f).....	509	art. 567.....	509
art. 32.....	139	art. 569.....	509
		art. 613.....	489
		art. 761.....	736
		art. 762(1).....	736
		art. 771(1).....	736
<b>Code civil du Bas-Canada</b>		<b>Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25</b>	
art. 1241.....	374	art. 33.....	326
		art. 61.....	1059
<b>Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46</b>		<b>Code municipale</b>	
art. 16.....	68, 99	art. 684a.....	326
art. 197(1).....	830	art. 758.....	326
art. 210(1).....	830	<b>Convention pour la répression de la capture illi- cite d'aéronefs, R.T. Can. 1972 n° 23</b>	
art. 210(2).....	830	art. 8(1).....	861
art. 683(1)d).....	68		
art. 686(1)a)(i).....	68, 909	<b>L</b>	
art. 686(1)a)(ii).....	909	<b>Loi constitutionnelle de 1867</b>	
art. 686(1)b)(ii).....	909	art. 91.....	933
art. 686(1)b)(iii).....	86, 909	art. 91(10).....	779
art. 686(1)d).....	68, 99	art. 91(27).....	509, 933
art. 686(2).....	909	art. 92.....	252, 285, 291
art. 686(2)b).....	68	art. 92(13).....	779
art. 686(4)b)(ii).....	449	art. 92(14).....	509
art. 691(2)a).....	449	art. 96.....	252, 285, 291
art. 693(1)a).....	449		
art. 693(1)b).....	449		
art. 695(1).....	449		

	PAGE		PAGE
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48		Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1	
art. 44(1).....	48	art. 178.....	117
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32		art. 179.....	117
art. 8.....	614	Loi sur les banques, S.R.C. 1970, ch. B-1	
Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23		art. 88.....	1059
art. 12.....	861	art. 89.....	1059
art. 34.....	861	Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110	
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7		art. 2.....	252, 285, 291
art. 2 «droit maritime canadien».....	779	Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations, L.R.Q., ch. P-16.....	
art. 22.....	779	Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-35	
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26		art. 2 «employé».....	614
art. 40(3).....	449	art. 33.....	614
art. 47.....	374	art. 98.....	614
art. 70.....	297		
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11		<b>R</b>	
art. 11(3).....	614	Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373	
Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9		art. 6.....	139
art. 635.....	3	art. 7a).....	139
art. 638.....	3	art. 7b).....	139
Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1			
art. 128.....	1059	<b>T</b>	
Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31		Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, 3 décembre 1971, R.T. Can. 1976 n° 3	
art. 14.....	907	art. 18(2), annexe.....	861
Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1980, ch. 315			
art. 2.....	3		
art. 4.....	3		
art. 5.....	3		

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Rosalie Silberman. "The Social and Legal Paradigms of Equality" (1989), 1 <i>W.R.L.S.I.</i> 5.....	180
Anrys, Henri. <i>La responsabilité civile médicale</i> . Bruxelles: Ferdinand Larcier, 1974 .....	562
Aubry, Charles et Charles Rau. <i>Droit civil français</i> , t. 12, 6 <sup>e</sup> éd. Par Paul Esmein. Paris: Librairies Techniques, 1958.....	402
Aubry et Rau. <i>Droit civil français</i> , 8 <sup>e</sup> éd., t. VI-2, <i>Responsabilité délictuelle</i> . Par Noël Dejean de la Bâtie. Paris: Librairies Techniques, 1989 .....	568
Baker, John Hamilton. <i>An Introduction to English Legal History</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1979...	523
Base de données canadiennes : Personnes détenues en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, (1988)	1015
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.....	442, 557
Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. <i>La responsabilité civile médicale</i> . Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1980 .....	431
Bharam, Durga M. "Statute of Limitations for Child Sexual Abuse Offenses: A Time for Reform Utilizing the Discovery Rule" (1989), 80 <i>J. Crim. L. &amp; Criminology</i> 842.....	1101
Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book 4. Philadelphia : Rees Welsh & Co., 1900 .....	524
Blake, Nicholas. "The Case for the Jury." In Mark Findlay and Peter Duff, eds., <i>The Jury Under Attack</i> . London: Butterworths, 1988.....	524
Boré, Jacques. "L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", <i>J.C.P.</i> 1974.I.2620 .....	564
Brun, Henri et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990 .....	360
Butler, Brian T. "How Are Assessments Conducted?" in C. D. Webster, R. J. Menzies, M. A. Jackson, et al., <i>Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender</i> . Working Paper in Forensic Psychiatry, No. 27. Toronto: Metropolitan Toronto Forensic Service (Metfors), Clarke Institute of Psychiatry.....	1017
Canada. <i>Chambre des communes. Débats de la Chambres des communes</i> , 1 <sup>er</sup> Sess., 22 <sup>e</sup> Parl., 1953-54, vol. III.....	503

Canada. Commission de réforme du droit. <i>Études sur le jury</i> . "La sélection des jurés", par Perry Schulman et Edward Myers. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1979.....	520
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Le jury en droit pénal</i> . Document de travail 27. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.....	521
Canada. <i>House of Commons. House of Commons Debates</i> , 1st Sess., 22nd Parl., 1953-54, vol. III.....	503
Canada. Law Reform Commission. <i>Studies on the Jury</i> . "Jury Selection", by Perry Schulman and Edward Myers. Ottawa: Law Reform Commission, 1979.....	520
Canada. Law Reform Commission. <i>The Jury in Criminal Trials</i> . Working Paper 27. Ottawa: Law Reform Commission, 1980.....	521
Canada. Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. <i>Infractions sexuelles à l'égard des enfants</i> , vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1984.....	1100
Canada. Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. <i>Sexual Offences Against Children</i> , vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1984.....	1100
Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant-Governor's Warrants, (1988).....	1015
Chabas, François. Annotation of Cass. crim., January 9, 1979, <i>J.C.P.</i> 1980.II.19272.....	572
Chabas, François. "Vers un changement de nature de l'obligation médicale", <i>J.C.P.</i> 1973.I.2541.....	573
Chartier, Yves. <i>La réparation du préjudice dans la responsabilité civile</i> . Paris: Dalloz, 1983.....	561
Chauveau, Charles-Auguste. <i>De l'autorité de la chose jugée en matière civile</i> . Québec: Dussault & Proulx, 1903.....	402
Chevrette, François et Herbert Marx. <i>Droit constitutionnel</i> . Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.....	360
<i>Civil Code of Lower Canada: First, Second and Third Reports</i> . Quebec: Desbarats, 1865.....	401
Cohn, David S. "Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection" (1988), 15 <i>Hast. Const. L.Q.</i> 295.....	1028
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 7th ed. Edited by J. B. Sykes. Oxford: Oxford University Press, 1982, "solicit".....	161
Cornu, Gérard et Jean Foyer. <i>Procédure civile</i> . Paris: Presses universitaires de France, 1958.....	413
Cory, The Hon. Justice Peter deCarteret. <i>Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating</i> , paper delivered at the University of Alberta Centre for Constitutional Studies, on April 21, 1990.....	171
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> . Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.....	162
Côté, Pierre-André. "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés" (1984), 18 <i>R.J.T.</i> 105....	216
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.....	162
Cox, Archibald. <i>Freedom of Expression</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.....	237
Craig, Paul P. <i>Administrative Law</i> , 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1989.....	645
Crépeau, Paul-André. <i>L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie</i> . Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989.....	396
Crépeau, Paul-André. "La responsabilité civile du médecin" (1977), 8 <i>R.D.U.S.</i> 25.....	394
Crépeau, Paul-André. <i>La responsabilité civile du médecin et de l'établissement hospitalier</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1956.....	435

Crépeau, Paul-André. "La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente" (1960), 20 <i>R. du B.</i> 433 .....	435
de Smith, S. A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980 .....	341
Decorps, Jean-Paul. <i>La responsabilité du notaire en matière d'urbanisme</i> . Thèse Aix-en-Provence, 1970	399
Devlin, Sir Patrick. <i>Trial by Jury</i> . London: Stevens, 1965 .....	523
Dicey, Albert Venn. <i>Introduction to the Study of the Law of the Constitution</i> . London: Macmillan, 1885	360
Dienes, C. Thomas. "The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis" (1986), 55 <i>Geo. Wash. L. Rev.</i> 109 .....	151, 201
Dorsner-Dolivet, Annick. <i>Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie</i> . Paris: L.G.D.J., 1986	572
Ducharme, Léo. <i>L'administration de la preuve</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1986 .....	429
Ducharme, Léo. <i>Précis de la preuve</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1986 .....	405
Durry, Georges. "Responsabilité civile" (1967), 65 <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 153 .....	572
Dussault, René and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , 2nd ed., vol. 4. Translated by Donald Breen. Toronto: Carswells, 1990 .....	358
Dussault, René et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. III, 2 <sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989 .....	358
Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 <i>Yale L.J.</i> 877 .....	171
Evans, J. M. et al. <i>Administrative Law: Cases, Text, and Materials</i> , 3rd ed. Toronto: Emond-Montgomery, 1989 .....	364
Fabien, Claude. "Les règles du mandat". <i>Répertoire de droit — Mandat — Doctrine — Document 1</i> . Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1986 .....	400
Falconbridge, John Delatre. <i>Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange</i> , vol. 1, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book Inc., 1986 .....	131
Falconbridge on Banking and Bills of Exchange, 7th ed. By Arthur W. Rogers. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1969 .....	123
Farber, Daniel A. and John E. Nowak. "The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication" (1984), 70 <i>Va. L. Rev.</i> 1219 .....	201, 234
Gagnon, Jean. <i>L'examen des titres immobiliers</i> . Sherbrooke: Éditions Quid Juris Inc., 1987 .....	440
Gold, Alan. "Le jury dans le procès pénal." Dans Vincent M. Del Buono, éd., <i>Procédure pénale au Canada</i> . Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej Ltée, 1983 .....	520
Gold, Alan. "The Jury in the Criminal Trial." In Vincent M. Del Buono, ed., <i>Criminal Procedure in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1982 .....	520
Goldstein, Y. Annotation on <i>Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.</i> (1988), 70 <i>C.B.R. (N.S.)</i> 1 .....	1072
Groberman, Harvey. "The Multiple Conspiracies Problem in Canada" (1982), 40 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 1 .....	322
Hennau-Hublet, Christiane. <i>L'activité médicale et le droit pénal: Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes</i> . Bruxelles: Émile Bruylant, 1987 .....	562
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985 .....	998
Honoré, A. M. <i>Causation and Remoteness of Damage</i> , ch. 7, <i>International Encyclopedia of Comparative Law</i> , vol. XI, <i>Torts</i> . Edited by André Tunc. Tübingen, West Germany: J.C.B. Mohr, 1971 .....	602

Jakab, Peter. "Public Forum Analysis After <i>Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association</i> — A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property" (1986), 54 <i>Fordham L. Rev.</i> 545 .....	151
Jeffries, John Calvin, Jr. "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 <i>Va. L. Rev.</i> 189 .....	210
Jordan, James C. "Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: <i>Kienapple v. The Queen</i> to <i>R. v. Prince</i> " (1985), 14 <i>Man. L.J.</i> 341 .....	470
Kalven, Harry, Jr. "The Concept of the Public Forum: <i>Cox v. Louisiana</i> ", [1965] <i>Sup. Ct. Rev.</i> 1.....	150, 200
L'Heureux, Jacques. <i>Droit municipal québécois</i> , t. 2. Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1984 .....	351
Lacoste, Paul. <i>De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Par Ph. Bonnacarrère. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914 .....	404
Landry, Jean-Paul. "De la preuve par expert: la jurisprudence" (1980), 40 <i>R. du B.</i> 652.....	431
Langelier, sir François. <i>Cours de droit civil de la province de Québec</i> , t. IV. Montréal: Wilson & Lafleur, 1908 .....	404
Laskin, Bora. <i>Laskin's Canadian Constitutional Law</i> , vol 2, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986 .....	999
Laurent, François. <i>Principes de droit civil</i> , t. 20, 5 <sup>e</sup> éd. Paris: Librairie A. Marescq, 1893 .....	402
Le Dain, Gerald E. "The Supervisory Jurisdiction in Quebec" (1957), 35 <i>Can. Bar Rev.</i> 788 .....	358
Le Tourneau, Philippe. <i>La responsabilité civile</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1982 .....	559
Lee, William E. "Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression" (1986), 54 <i>Geo. Wash. L. Rev.</i> 757.....	201
Macdonald, Roderick A. "Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.: Commercial Practice Meets Constitutional Law" (1989), 73 <i>C.B.R. (N.S.)</i> 1.....	1081
MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 713 .....	178
Mackay, Julien S. "La garantie apportée par l'intervention du notaire dans les phases préliminaires à la conclusion de la vente". Dans <i>Rapports canadiens Québec</i> , XIX <sup>e</sup> Congrès de l'Union internationale du notariat latin. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1989 .....	398
Marquis, Paul-Yvan. "Appréciations judiciaires de la conduite professionnelle de notaires" (1987), 89 <i>R. du N.</i> 597 .....	437
Marquis, Paul-Yvan. "La nature de la responsabilité civile du notaire, officier public". <i>Répertoire de droit — Pratique notariale — Doctrine — Document 6</i> . Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1983 ...	397
Marquis, Paul-Yvan. <i>La responsabilité civile du notaire officier public</i> . Ottawa: Éditions de l'Université d'Ottawa, 1977 .....	397
Martin, G. A. "Mental Disorder and Criminal Responsibility in Canadian Law". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., <i>Mental Disorder and Criminal Responsibility</i> . Toronto: Butterworths, 1981, 15 .....	99
Mayrand, Albert. "Permis d'opérer et clause d'exonération" (1953), 31 <i>Can. Bar Rev.</i> 150.....	394
Mazeaud, Henri et Léon, et André Tunc. <i>Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle</i> , t. I, 6 <sup>e</sup> éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1965 .....	393
McGregor, Harvey. <i>McGregor on Damages</i> , 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1988 .....	9, 27
McGuffie, Kenneth C. <i>The Law of Collisions at Sea</i> . ( <i>British Shipping Laws</i> , vol. 4.) London: Stevens & Sons, 1961 .....	9, 27

Mémeteau, Gérard. <i>La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois</i> . Montréal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1990 .....	435
Mémeteau, Gérard. "Perte de chance en droit médical français" (1986), 32 <i>McGill L.J.</i> 126.....	577
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 6. Montréal: Théoret, 1902.....	406
Mill, John Stuart. <i>On Liberty and Considerations on Representative Government</i> . Oxford: Basil Blackwell, 1946 .....	173
Molinari, Patrick A. "La responsabilité civile de l'avocat" (1977), 37 <i>R. du B.</i> 275 .....	396, 587
Moon, Richard. "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 <i>Ottawa L. Rev.</i> 339 .....	152, 197
Moon, Richard. "Freedom of Expression and Property Rights" (1988), 52 <i>Sask. L. Rev.</i> 243.....	197
Moore, Lloyd E. <i>The Jury, Tool of Kings, Palladium of Liberty</i> . Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1973	522
Motulsky, Henri. "Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile", D. 1968. Chron., p. 1.....	417
Nadeau, André. "L'autorité de la chose jugée" (1963), 9 <i>McGill L.J.</i> 102 .....	407
Nadeau, André et Richard Nadeau. <i>Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1971.....	394
Orkin, Mark M. <i>The Law of Costs</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1987.....	447
Penneau, Jean. <i>La responsabilité médicale</i> . Paris: Sirey, 1977 .....	575
Pépin, Gilles et Yves Ouellette. <i>Principes de contentieux administratifs</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1982 .....	348
<i>Petit Robert</i> . Paris: Le Robert, 1977, "publicité", "solliciter" .....	161
Pinard, Danielle. "Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> " (1990), 35 <i>McGill L.J.</i> 305 .....	163
Pineau, Jean et Monique Ouellette. <i>Théorie de la responsabilité civile</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis Inc., 1980	584
Planiol, Marcel et Georges Ripert. <i>Traité pratique de droit civil français</i> , t. VII, 2 <sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1954	402
Post, Robert C. "Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum" (1987), 34 <i>U.C.L.A. L. Rev.</i> 1713 .....	201
Pothier, Robert Joseph. <i>Oeuvres de Pothier</i> , t. 2, 3 <sup>e</sup> éd. Par M. Bugnet. Paris: E. Plon, Nourrit & Co., 1890	402
Poulpiquet, Jeanne de. <i>La responsabilité civile et disciplinaire des notaires</i> . Paris: L.G.D.J., 1974.....	398
Rabut, Albert. <i>De la notion de faute en droit privé</i> . Paris: L.G.D.J., 1949 .....	395
Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In <i>Charter Litigation</i> . Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987 .....	208
Rousseau, Gilles. "Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal" (1986), 46 <i>R. du B.</i> 627.....	341
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> . Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.....	405
Salhany, Roger E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1989 ...	520
Savatier, René. "Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale" (1973), 44 <i>Rev. gén. ass. terr.</i> 457	557
Savatier, René. "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?", D.1970.Chron.123.....	557

Schauer, Frederick. <i>Free Speech: A Philosophical Enquiry</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1982	172
Schwartz, Bernard and H. W. R. Wade. <i>Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States</i> . Oxford: Clarendon Press, 1972	646
Séguin, Claude. "La responsabilité civile du notaire, officier public et conseiller juridique". In Meredith Memorial Lectures 1983-84, <i>Professional Responsibility in Civil Law and Common Law</i> . Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985	394
Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 <i>U.T.L.J.</i> 229	174
Singer, Anne C. "The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant" (1980), 41 <i>Ohio St. L.J.</i> 637	1029
<i>Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases</i> , 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, "solicit"	161
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987	212, 1031
Stuart, Don. "The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth" (1990), 77 <i>C.R.</i> (3d) 101	212
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations: contrat et responsabilité</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988	584
Thérault, Patrick. "La notion de délai raisonnable dans l'exercice d'un recours par voie d'action directe en nullité sous l'article 33 C.p.c.". Dans Formation permanente du Barreau du Québec, <i>Développements récents en droit administratif</i> , vol. 2. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989	358
<i>Traité de Droit civil du Québec</i> , t. 9. Par André Nadeau et Léo Ducharme. Montréal: Wilson & Lafleur, 1965	403
Tremblay, Gérald R. "La responsabilité professionnelle de l'avocat-conseil". In Meredith Memorial Lectures 1983-84, <i>Professional Responsibility in Civil Law and Common Law</i> . Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985	397
Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988	171, 234
Trotter, Gary T. "LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine" (1988), 62 <i>C.R.</i> (3d) 183	210
United Kingdom. <i>Report of the Departmental Committee on Jury Service</i> . (Morris Committee.) Cmnd. 2627. London: H. M. Stationery Office, 1965	524
Vacarie, Isabelle. "La perte d'une chance", [1987] 3 <i>R.R.J.</i> 903	568
Vidmar, Neil and Julius Melnitzer. "Juror Prejudice: An Empirical Study of a Challenge for Cause" (1984), 22 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 487	534
Viney, Geneviève. <i>Traité de droit civil</i> , t. IV, <i>Les obligations: la responsabilité — conditions</i> . Paris: L.G.D.J., 1982	557
Wade, H. W. R. <i>Administrative Law</i> , 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988	361, 649
Weiler, Paul. "Two Models of Judicial Decision-Making" (1968), 46 <i>Can. Bar Rev.</i> 406	971
Whelan, William J. "Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right" (1982), 50 <i>Fordham L. Rev.</i> 551	699



Owen Lloyd Swain *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Lieutenant Governor's Board of Review of Ontario, the Canadian Disability Rights Council, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Association of Community Living *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SWAIN

File No.: 19758.

1990: February 19; 1991: May 2.

Present: Lamer C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Jurisdiction — Division of powers — Acquitted on reasons of insanity to be held in strict custody pending Lieutenant Governor's pleasure — Provision to protect society and not to punish — Treatment a provincial responsibility — Whether provision ultra vires — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Equality before the law — Issue of insanity raised by Crown over objection of defence — Whether the common law criteria permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether the common law criteria were justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 15.*

\* Chief Justice at the time of judgment.

Owen Lloyd Swain *Appelant*

c.

a Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

b Le procureur général du Canada, la Commission d'examen du lieutenant-gouverneur de l'Ontario, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées, l'Association canadienne pour la santé mentale et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire *Intervenants*

d RÉPERTORIÉ: R. c. SWAIN

N° du greffe: 19758.

1990: 19 février; 1991: 2 mai.

e Présents: Le juge en chef Lamer\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

f *Droit constitutionnel — Compétence — Partage des compétences — Personne acquittée pour cause d'aliénation mentale devant être détenue sous garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu — Disposition qui vise à protéger la société et non à punir la personne — Traitement relevant de la responsabilité de la province — La disposition est-elle ultra vires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).*

h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Égalité devant la loi — Aliénation mentale soulevée par le ministère public contre le gré de la défense — Les critères de common law qui permettent au ministère public de produire des éléments de preuve de l'aliénation mentale de l'accusé violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 15.*

\* Juge en chef à la date du jugement.

*Criminal law — Defences — Right of accused to control own defence — Issue of insanity raised by Crown over objection of defence — Whether the common law criteria permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether the common law criteria were justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 15.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Whether the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the Criminal Code, violated ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether that power was justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).*

*Criminal law — Insanity — Statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Whether statutory power violated ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether that power was justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).*

Appellant was arrested and charged with assault and aggravated assault and was transferred from jail to a Mental Health Centre for the criminally insane. His condition improved rapidly with medication and he was conditionally released into the community. Appellant returned briefly to jail and was granted bail on conditions shortly thereafter. He remained on bail until June 10, 1985, and continued to take medication and to see a psychiatrist.

At trial, the Crown sought to adduce evidence with respect to insanity at the time of the offence; the appellant objected. After conducting a *voir dire*, the trial judge ruled that the Crown could adduce such evidence. Appellant was found not guilty by reason of insanity on all counts. Defence counsel then moved to have s. 542(2) of the *Criminal Code* (now s. 614), which provides for the automatic detention at the pleasure of the

*Droit criminel — Moyens de défense — Droit de l'accusé de mener sa défense comme il l'entend — Aliénation mentale soulevée par le ministère public contre le gré de la défense — Les critères de common law qui permettent au ministère public de produire des éléments de preuve de l'aliénation mentale de l'accusé violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 15.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale conformément à l'art. 542(2) du Code criminel, viole-t-il les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).*

*Droit criminel — Aliénation mentale — Pouvoir conféré par la loi de détenir une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Le pouvoir conféré par la loi viole-t-il les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, ce pouvoir est-il justifié en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).*

L'appelant a été arrêté et accusé de voies de fait et de voies de fait graves et il a été transféré de la prison à un centre de traitement psychiatrique pour les criminels atteints d'aliénation mentale. Son état s'est rapidement amélioré grâce à des médicaments et il a été remis en liberté dans la société sous certaines conditions. L'appelant est retourné en prison pour un bref séjour et peu après il a été mis en liberté sous caution assortie de conditions. Il est demeuré en liberté sous caution jusqu'au 10 juin 1985 et il a continué de prendre ses médicaments et de consulter un psychiatre.

Au procès, le ministère public a cherché à produire une preuve relative à l'aliénation mentale de l'accusé au moment de l'infraction, ce à quoi l'appelant s'est opposé. Après un *voir-dire*, le juge du procès a conclu que le ministère public pouvait présenter ce genre de preuve. L'appelant a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale relativement à tous les chefs d'accusation. L'avocat de la défense a alors demandé

Lieutenant Governor of an insanity acquittee, declared inoperative on the basis that it violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The judge held that appellant's constitutional rights were not infringed by s. 542(2) and ordered that he be kept in strict custody until the Lieutenant Governor's pleasure was known. Appellant appealed and applied for bail pending appeal. This application was adjourned in order to permit an early hearing of the appellant's case by the Advisory Review Board which advised the Lieutenant Governor concerning the detention of insanity acquittees. The Lieutenant Governor issued a warrant further detaining the appellant in safe custody in a mental hospital for assessment and report to the Advisory Review Board within 30 days. Neither the appellant nor his counsel received prior notice of this decision and accordingly neither made submissions with respect to this decision.

Appellant was sent for psychiatric examination and assessment and remained a patient for 30 days. The Advisory Review Board held a review hearing, pursuant to s. 547 of the *Code*. Appellant and his counsel were present. The Board recommended that appellant should remain in safe custody and that the administrator of the mental facility in which he was detained have the discretion to permit him to re-enter the community with conditions as to supervision and follow-up treatment. Shortly thereafter, the Lieutenant Governor issued a warrant implementing those recommendations.

Appellant's counsel requested the right to appear and make submissions before the Lieutenant Governor at the time when the recommendation of the Advisory Review Board would be considered. This request was not granted. It was not until after the Lieutenant Governor's warrant for appellant's further detention had issued that the recommendation of the Advisory Review Board was released to the appellant's counsel.

A majority of the Ontario Court of Appeal dismissed the appeal.

The constitutional questions queried: (1) whether s. 542(2) of the *Criminal Code* was *intra vires*; (2) whether the common law criteria permitting the Crown

que le par. 542(2) du *Code criminel* (maintenant l'art. 614), qui prévoit la détention automatique d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale au bon plaisir du lieutenant-gouverneur, soit déclaré invalide parce qu'il viole la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge a conclu que le par. 542(2) ne portait pas atteinte aux droits reconnus par la Constitution à l'appelant et il a ordonné qu'il soit tenu sous une garde rigoureuse, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu. L'appelant a interjeté appel et demandé d'être mis en liberté sous caution jusqu'à l'issue de l'appel. Cette demande a été ajournée afin de permettre un examen rapide du cas de l'appelant par la commission d'examen qui conseille le lieutenant-gouverneur relativement à la détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale. Le lieutenant-gouverneur a délivré un mandat ordonnant la mise sous bonne garde de l'appelant dans un hôpital psychiatrique à des fins d'évaluation dont il devait être fait rapport à la commission d'examen dans les 30 jours. En conséquence, ni l'appelant ni son avocat n'ont été informés au préalable de cette décision et ils n'ont pas pu présenter d'observations en rapport avec cette décision.

L'appelant a été envoyé dans un hôpital psychiatrique pendant trente jours pour examen et évaluation. La commission d'examen a procédé à un examen comme le prévoit l'art. 547 du *Code*. L'appelant et son avocat étaient présents. La commission a recommandé au lieutenant-gouverneur que l'appelant soit mis sous bonne garde et que l'administrateur de l'établissement où il serait détenu ait le pouvoir discrétionnaire de permettre sa réinsertion dans la société, sous réserve des conditions relatives à la surveillance et au suivi du traitement. Peu de temps après, le lieutenant-gouverneur a délivré un mandat selon ces recommandations.

L'avocat de l'appelant a demandé l'autorisation de comparaître et de présenter des observations devant le lieutenant-gouverneur au moment de l'étude de la recommandation de la commission d'examen. Cette demande n'a pas été accordée. Ce n'est qu'après la délivrance du mandat du lieutenant-gouverneur pour le maintien en détention de l'appelant que la recommandation de la commission d'examen a été communiquée à son avocat.

La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a rejeté l'appel.

Les questions constitutionnelles soulevées par l'es-pèce sont: (1) le paragraphe 542(2) du *Code criminel* est-il *intra vires*? (2) les critères de common law, qui

to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (3) and if so, whether the common law criteria were justified by s. 1 of the *Charter*; (4) whether the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code*, violated ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and (5) if so, whether that power was justified by s. 1 of the *Charter*.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed. The constitutional questions were answered as follows: (1) s. 542(2) of the *Criminal Code* was *intra vires*; (2) the common law criteria limited s. 7 of the *Charter*—it was not necessary to consider ss. 9 and 15 of the *Charter*—and (3) were not justified by s. 1; (4) s. 542(2) of the *Criminal Code* violated ss. 7 and 9 of the *Charter* and (5) was not justified by s. 1.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ.:

1. *Does it Violate the Charter for the Crown to Raise Evidence of Insanity Over and Above the Wishes of the Accused?*

The common law rule permitting the Crown to adduce evidence of insanity over and above the accused's wishes violates s. 7 of the *Charter*. The *Charter*, given that the litigation generally falls within the meaning of s. 32, applies to common law rules.

Given an actual or potential deprivation of life, liberty or security of the person, which must be established to invoke s. 7, the question becomes whether the deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. The liberty interest was readily apparent here.

The principles of fundamental justice contemplate an accusatorial and adversarial system of criminal justice which is founded on respect for the autonomy and dignity of the person. These principles require that an accused person have the right to control his or her own defence. An accused will not be in the position of choosing whether to raise the defence of insanity at his or her trial unless he or she is fit to stand trial. If at any time before verdict there is a question as to the accused's ability to conduct his or her defence, the trial judge may direct that the issue of fitness to stand trial be tried before matters proceed further. An accused who

permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? (3) si oui, les critères de common law sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte*? (4) le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel*, viole-t-il les art. 7 et 9 de la *Charte*? et (5) si oui, ce pouvoir est-il justifié par l'article premier de la *Charte*?

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes: (1) le par. 542(2) du *Code criminel* est *intra vires*, (2) les critères de common law restreignent l'art. 7 de la *Charte*—il n'est pas nécessaire de répondre au sujet des art. 9 et 15 de la *Charte*—et (3) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, (4) le par. 542(2) du *Code criminel* viole les art. 7 et 9 de la *Charte* et (5) il n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

*Le juge en chef* Lamer et les juges Sopinka et Cory:

1. *La présentation d'une preuve d'aliénation mentale par le ministère public, contre le gré de l'accusé, viole-t-elle la Charte?*

La règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé, viole l'art. 7 de la *Charte*. Puisque la question en litige relève, de manière générale, de l'art. 32, la *Charte* s'applique aux règles de common law.

Puisque, pour invoquer l'art. 7, il faut démontrer qu'il y a atteinte, réelle ou potentielle à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, il s'agit alors de déterminer si l'atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale. Il est évident que la question de la liberté est en cause en l'espèce.

Les principes de justice fondamentale reposent sur un système accusatoire et contradictoire de justice criminelle fondé sur le respect de l'autonomie et de la dignité humaines. Il faut également, en vertu des principes de justice fondamentale, qu'un accusé ait le droit de contrôler la conduite de sa propre défense. Un accusé ne sera pas en mesure de choisir s'il doit ou non présenter un moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale lors de son procès à moins qu'il ne soit apte à subir ce procès. Si, à tout moment avant le verdict, la question de la capacité de l'accusé de conduire sa propre défense est soulevée, le juge du procès peut ordonner que cette

has not been found unfit to stand trial must be considered capable of conducting his or her own defence.

The insanity defence is an exemption to criminal liability which is based on an incapacity for criminal intent. The decision whether or not to raise this exemption as a means of negating criminal culpability is part and parcel of the conduct of an accused's overall defence.

The ability of the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes interferes with the accused's control over the conduct of his or her defence. The mere fact that the Crown is able to raise a defence which the accused does not wish to raise, and thereby to trigger a special verdict which the accused does not wish to trigger, means that the accused has lost a degree of control over the conduct of his or her defence. The Crown's ability to raise independently the issue of insanity could very well interfere with other defences being advanced by the accused and could irreversibly damage an accused's credibility.

An accused's right to control his or her own defence, while a principle of fundamental justice, is not "absolute". In circumstances where the accused's own evidence tends to put his or her mental capacity for criminal intent into question, the Crown will be entitled to put forward its own evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on s. 16 of the *Code*. Whether the accused's evidence does, in fact, put mental capacity for criminal intent into issue will be a matter for the trial judge to determine in the particular circumstances of each case.

The common law rule violates a principle of fundamental justice in that the Crown is not limited to raising insanity only in circumstances where an accused's own defence puts his or her mental capacity for criminal intent into issue but rather can raise it over and above the wishes of the accused.

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused's right by attempting to bring societal interests into the principles of fundamental justice and to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter*, where the Crown has the burden of proving that the impugned

question soit tranchée avant d'aller plus loin. Ainsi, l'accusé qui n'a pas été jugé incapable de subir son procès doit être considéré comme capable de conduire sa propre défense.

<sup>a</sup> La défense d'aliénation mentale constitue une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. La question de savoir s'il y a lieu ou non de soulever cette exemption pour faire obstacle à la culpabilité criminelle fait partie intégrante de la conduite générale de la défense de l'accusé.

<sup>b</sup> Le pouvoir du ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, entrave le contrôle de l'accusé sur la conduite de sa propre défense. Le simple fait que le ministère public puisse soulever un moyen de défense que l'accusé n'a pas l'intention d'employer, et ainsi donner lieu à un verdict spécial que l'accusé ne désirait pas, signifie que l'accusé a perdu un certain degré de contrôle sur la conduite de sa propre défense. Le pouvoir du ministère public de soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale pourrait très bien empêcher l'accusé de faire valoir d'autres moyens de défense et réduire sa crédibilité de façon irrémédiable.

<sup>c</sup> Bien que le droit d'un accusé de contrôler sa défense soit un principe de justice fondamentale, ce droit n'est pas «absolu». Lorsque la preuve même de l'accusé tend à mettre en doute sa capacité mentale de former une intention criminelle, le ministère public aura le droit de présenter sa propre preuve d'aliénation mentale et le juge du procès sera fondé à donner des directives au jury relativement à l'art. 16 du *Code*. Il appartiendra au juge du procès de déterminer, dans les circonstances particulières de chaque espèce, si la preuve de l'accusé, en fait, met en cause la capacité mentale de former une intention criminelle.

<sup>d</sup> La règle de common law contrevient à un principe de justice fondamentale parce qu'elle ne limite pas le ministère public à ne soulever l'aliénation mentale que lorsque la défense de l'accusé met en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle, mais lui permet de le faire contre le gré de l'accusé.

<sup>e</sup> Il n'est pas acceptable que l'État puisse contrecarrer l'exercice du droit de l'accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l'application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la

law is demonstrably justified in a free and democratic society.

It was unnecessary to consider whether the common law rule also restricts the rights enunciated in ss. 9 and 15 of the *Charter*, unless the limitation on s. 7 were upheld under s. 1.

The *Charter* analysis here, because the appeal involved a *Charter* challenge to a common law, judge-made rule, involved somewhat different considerations than would apply to a challenge to a legislative provision. It was not strictly necessary to go on to consider the application of s. 1 after the existing common law rule was found to limit the s. 7 *Charter* rights. It would be appropriate to consider at this stage whether an alternative common law rule could be fashioned which would not be contrary to the principles of fundamental justice. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. Of course, if it were not possible to reformulate the common law rule so as to avoid an infringement of a constitutionally protected right or freedom, it would be necessary for the Court to consider whether the common law rule could be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

The Court under s. 1, in an appeal involving judge-made law, must construe the overall objective of that common law rule. Here, the objective was two-fold: (1) avoiding the unfair treatment of the accused while maintaining the integrity of the criminal justice system itself by avoiding the conviction of an insane accused, and (2) protecting the public from presently dangerous persons requiring hospitalization. These objectives relate to pressing and substantial concerns in our society and are of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.

There was a rational connection between the objectives and the means chosen to attain the objectives. Allowing the Crown to raise evidence of insanity in cases where the accused has chosen not to do so is one way of avoiding the conviction of individuals who were insane at the time the offence was committed, but who do not wish to raise the issue of insanity. It also is a way of protecting the public from people who may be pres-

règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il n'y a pas lieu de déterminer si la règle de common law restreint également les droits prévus aux art. 9 et 15 de la *Charte*, à moins que la restriction à l'art. 7 ne puisse être jugée acceptable par l'application de l'article premier.

Puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative. Il n'était pas strictement nécessaire d'examiner l'application de l'article premier après avoir conclu que la règle de common law actuelle restreint le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Il conviendrait de déterminer, à ce stade-ci, s'il est possible de formuler une autre règle de common law qui ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. Évidemment, s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common law de sorte qu'il n'y ait pas violation d'une liberté ou d'un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu'elle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Dans un pourvoi où elle doit examiner, en vertu de l'article premier, une règle de common law formulée par les tribunaux, notre Cour doit déterminer l'objectif général de cette règle. En l'espèce, l'objectif de la règle comporte deux volets: (1) éviter que l'accusé soit traité de façon inéquitable, mais aussi protéger l'intégrité du système de justice criminelle en évitant qu'un accusé souffrant d'aliénation mentale soit déclaré coupable, et (2) protéger le public contre les personnes dangereuses à l'heure actuelle et qui devraient être hospitalisées. Ces objectifs se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles dans notre société et sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution.

Il existe un lien rationnel entre les objectifs et les mesures choisies pour les atteindre. Permettre au ministère public de produire une preuve d'aliénation mentale lorsque l'accusé a choisi de ne pas le faire est une façon d'éviter la déclaration de culpabilité de personnes qui étaient aliénées au moment où l'infraction a été commise, mais qui ne désirent pas soulever la question de l'aliénation mentale. C'est aussi une façon de protéger

ently dangerous. These methods of achieving the first objective may raise certain problems and may not be the preferred method of achieving the objective, but they are nonetheless logical ways of achieving the desired objectives.

Parliament, because of judicial deference, need not always choose the absolutely least intrusive means to attain its objectives but must come within a range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible. There is no room for judicial deference, however, where a common law, judge-made rule is challenged under the *Charter*. The least intrusive common law rule which will attain the objectives without disproportionately affecting rights must be adopted by the court.

The dual objectives could be met without unnecessarily limiting *Charter* rights if the existing common law rule were replaced with a rule which would allow the Crown to raise independently the issue of insanity only after the trier of fact had concluded that the accused was otherwise guilty of the offence charged. Under this scheme, the issue of insanity would be tried after a verdict of guilty had been reached, but prior to a conviction being entered. If the trier of fact then subsequently found that the accused was insane at the time of the offence, the verdict of not guilty by reason of insanity would be entered. Conversely, if the trier of fact found that the accused was not insane at the time of the offence, within the meaning of s. 16, a conviction would then be entered.

This rule would safeguard an accused's right to control his or her defence and would achieve the objectives of avoiding the conviction of a person who was insane at the time of the offence and of protecting the public from a person who may be presently dangerous. Of course, an accused would also be entitled, under this scheme, to raise his s. 7 right not to be found guilty if he was insane at the time of the offence. An accused would, if he or she chose not to do so earlier, raise the issue of insanity after the trier of fact had concluded that he or she was guilty of the offence charged, but before a verdict of guilty was entered. This is consistent with the accused's right, under our criminal justice system, to force the Crown to discharge its full burden of proof on the elements of *actus reus* and *mens rea* before raising other matters. However, this does not mean that the accused can raise insanity only after both *actus reus* and *mens rea* have been proven. While the Crown would be

le public contre des personnes qui sont peut-être dangereuses à l'heure actuelle. Bien que ces méthodes d'atteindre le premier objectif puissent présenter certains problèmes et ne soient peut-être pas idéales, elles constituent tout de même un moyen logique d'atteindre les objectifs souhaités.

En raison de la retenue judiciaire, le législateur ne doit pas toujours adopter les mesures les moins envahissantes pour atteindre ses objectifs, mais il doit choisir dans un éventail de mesures qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte*. La retenue judiciaire n'entre pas en jeu cependant lorsqu'une règle de common law formulée par les tribunaux, est contestée en vertu de la *Charte*. La cour doit adopter la règle de common law la moins envahissante, celle qui permettra d'atteindre les objectifs visés sans avoir une incidence disproportionnée sur les droits en cause.

Le double objectif susmentionné pourrait être atteint sans restreindre indûment les droits garantis par la *Charte* si la règle de common law actuelle était remplacée par une règle qui permettrait au ministère public de ne soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale qu'après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée. Sous ce régime, le tribunal pourrait juger de la question de l'aliénation mentale après avoir conclu à la culpabilité, mais avant d'inscrire la déclaration de culpabilité. Si le juge des faits concluait par la suite que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, le verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale serait inscrit. À l'inverse, si le juge des faits concluait que l'accusé n'était pas aliéné, au sens de l'art. 16, au moment de l'infraction, une déclaration de culpabilité serait inscrite.

Cette règle protégerait le droit de l'accusé de contrôler sa défense et permettrait d'atteindre tant l'objectif visant à éviter la déclaration de culpabilité d'une personne qui était aliénée au moment de l'infraction que l'objectif visant à protéger le public contre une personne qui peut être dangereuse à l'heure actuelle. Il est bien entendu qu'en vertu de ce régime, l'accusé pourrait également invoquer son droit garanti par l'art. 7 de ne pas être reconnu coupable s'il était aliéné au moment de l'infraction. L'accusé pourrait, s'il ne l'a pas déjà fait, soulever la question de l'aliénation mentale après que le juge des faits a conclu qu'il est coupable de l'infraction reprochée, mais avant qu'un verdict de culpabilité ne soit inscrit. Ce serait compatible avec le droit de l'accusé, en vertu de notre système de justice criminelle, d'obliger le ministère public à s'acquitter de tout son fardeau de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* avant de soulever d'autres questions. Cependant, cela ne

limited to raising evidence of insanity only after the trier of fact was satisfied that the full burden of proof on *actus reus* and *mens rea* had been discharged or after the accused's own defence has somehow put his or her mental capacity for criminal intent in issue, the accused would have the option of raising evidence of insanity at any time during the trial. Evidence of mental impairment will, in certain cases, tend to negate the element of *mens rea*. If during the course of the trial an accused raises evidence of mental impairment which (in the view of the trial judge) tends to put his or her mental capacity in issue, the Crown will be entitled to lead evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on the insanity defence within the meaning of s. 16. However, if such evidence of mental impairment is, in the view of the trier of fact, insufficient to meet the requirements of s. 16, the accused is still entitled to have such evidence considered with respect to the essential element of *mens rea*. This accords with the current practice wherein an accused has been able to deny the element of planning and deliberation or the specific intent required for murder despite the fact that s. 16 has not been satisfied. This new common law rule would give an accused the option of waiting until the Crown has discharged its full burden of proof to raise the issue of insanity, without removing the existing right of an accused to raise evidence of his or her mental condition during the course of the trial.

Since a common law rule which attains the original objectives but does not limit s. 7 can be fashioned, the existing rule cannot be said to infringe rights "as little as possible". It was therefore unnecessary to consider the third part of the proportionality test in *Oakes*.

The new common law rule replacing the one just struck must be considered in relation to all relevant aspects of the *Charter* and the only relevant provision of the *Charter* directly applicable to it was s. 15. (Section 9 was not applicable to the issue of the Crown's raising evidence of insanity.)

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of

signifie pas que l'accusé ne peut soulever la question de l'aliénation mentale qu'après que l'*actus reus* et la *mens rea* ont tous deux été démontrés en preuve. Le ministère public ne pourrait soulever la preuve d'aliénation mentale qu'une fois le juge des faits convaincu que l'on s'est acquitté de tout le fardeau de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* ou après que la propre défense de l'accusé aurait d'une manière ou d'une autre mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle, tandis que l'accusé pourrait le faire en tout temps au cours du procès. La preuve d'un déséquilibre mental peut, dans certains cas, écarter la *mens rea*. Si, au cours d'un procès, l'accusé présente une preuve de déséquilibre mental qui (de l'avis du juge du procès) tend à mettre sa capacité mentale en cause, le ministère public aura le droit de présenter la preuve d'aliénation mentale et le juge du procès pourra donner au jury des directives sur la défense d'aliénation mentale au sens de l'art. 16. Cependant, si, de l'avis du juge des faits, cette preuve de la déficience mentale ne répond pas aux exigences de l'art. 16, l'accusé aura encore le droit de voir cette preuve examinée en rapport avec l'élément essentiel que constitue la *mens rea*. Cela serait conforme à la pratique actuelle qui permet à l'accusé de nier l'élément de préméditation ou l'intention spécifique nécessaire à l'infraction de meurtre même si les exigences de l'art. 16 n'ont pas été réunies. Cette nouvelle règle de common law donnerait à l'accusé la possibilité d'attendre que le ministère public se soit acquitté de tout son fardeau de la preuve avant de présenter la question de l'aliénation mentale, sans pour autant enlever à l'accusé le droit déjà existant de présenter la preuve de sa condition mentale au cours du procès.

Puisqu'il est possible de formuler une règle de common law qui permette d'atteindre les objectifs initiaux, sans restreindre l'art. 7, on ne peut considérer que la règle actuelle porte «le moins possible» atteinte aux droits garantis. Il n'y a donc pas lieu d'examiner le troisième élément du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*.

La nouvelle règle de common law qui remplace celle qui vient à peine d'être annulée doit être examinée en fonction de tous les aspects pertinents de la *Charte* et seul l'art. 15 est directement applicable à cette nouvelle règle. (L'article 9 ne s'applique pas à la question de la production d'une preuve d'aliénation mentale par le ministère public.)

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même



the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Further, the Court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of remedying or preventing discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

One aspect of the new common law rule draws a distinction between individuals based on the personal characteristic of insanity. If the Crown believes that an accused was insane at the time of the offence, that accused will not be convicted and will instead be subject to a trial on the issue of insanity (with the Crown's being able to lead its evidence of insanity over and above the accused's wishes). This aspect of the new common law rule does not impose the burden or disadvantage of interfering with the conduct of an accused's defence. Rather, it distinguishes between accuseds in that certain accuseds are not convicted and sentenced but, rather, are subject to a hearing on the issue of insanity in order to determine whether they too should be convicted or whether they should instead be subject to the Lieutenant Governor's Warrant system. Any further differences in treatment (i.e., between insanity acquittees and other acquittees) flow from the *Code* provisions which set out that system, not from the new common law rule.

A rule which allows the Crown to move an individual from the category of those who will surely be convicted and sentenced to those who may be acquitted, albeit on the grounds of insanity, cannot be said to impose a burden or a disadvantage on that individual. While one aspect of the new common law rule gives rise to differential treatment under the law based on a personal characteristic, it does not result in "discrimination". Accordingly, the new common law rule does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. Given that the parties did not

bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte correspond à l'objectif général de corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Un aspect de la nouvelle règle de common law fait une distinction entre les individus, fondée sur la caractéristique personnelle qu'est la déficience mentale. Si le ministère public estime que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, l'accusé ne sera pas reconnu coupable et il devra plutôt subir un procès sur la question de l'aliénation mentale (au cours duquel le ministère public pourra produire sa preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé). Cet aspect de la nouvelle règle de common law n'impose pas le fardeau ou le désavantage que représenterait une intervention dans la conduite de la défense de l'accusé. Il fait plutôt une distinction entre les accusés en ce que certains accusés sont soustraits au processus de déclaration de culpabilité et de détermination de la peine; ils sont plutôt soumis à un examen de la question de l'aliénation mentale afin de déterminer s'ils devraient être reconnus coupables eux aussi ou s'ils devraient être assujettis au système de mandats du lieutenant-gouverneur. Toute autre différence de traitement (i.e. entre les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale et les autres personnes acquittées) tient aux dispositions du *Code* prévoyant ce système, et non à la nouvelle règle de common law.

On ne saurait considérer une règle permettant au ministère public de faire passer un individu de la catégorie de personnes qui seront certainement déclarées coupables et se verront infliger une peine, au groupe de personnes qui seront peut-être acquittées, quoique pour cause d'aliénation mentale, comme imposant un fardeau ou un désavantage à cet individu. Bien qu'un aspect de la nouvelle règle de common law donne lieu à un traitement différent dans la loi, fondé sur une caractéristique personnelle, elle n'entraîne pas une «discrimination». La

submit argument regarding the application of s. 15(1) to the new common law rule, these reasons do not preclude a future s. 15(1) challenge to the new rule.

2. *Is s. 542(2) of the Criminal Code of Canada intra vires the Parliament of Canada?*

The insanity provisions fall within the preventative branch of the s. 91(27) criminal law power. They only relate to insane persons whose actions are proscribed by the *Criminal Code* and the system of Lieutenant Governor warrants protects society in that it prevents further dangerous criminal conduct. The protection of society is one of the aims of the criminal law.

The fact that the criminal committal provisions are not designed to punish the individual acquitted does not incontrovertibly lead to the conclusion that the object of the legislation is treatment and is outside the scope of Parliament's criminal law power. Treatment is not prescribed by the impugned provisions. Rather, treatment is the means to achieving the end of these provisions which is the protection of society.

"Treatment", narrowly defined, is a provincial responsibility. Parliament, however, does not lose its legislative competence by responding to criminal conduct in a manner more sensitive to rehabilitation. Parliament's sensitivity to individual rights also expands its competence to legislate with respect to procedures for review of the Lieutenant Governor's warrants. Although the protection of society rationale may not fully authorize such provisions, Parliament may balance individual rights against the interests of protecting society and provide for some system of review. As the individual becomes less of a threat to society, the criminal law progressively loses authority and the coercive aspects of the warrant are loosened until a point is reached at which the individual is free from any supervision provided under the *Criminal Code*.

3. *Does the Automatic Detention of a Person Found not Guilty by Reason of Insanity Required by s. 542(2) of the Criminal Code of Canada Violate the Canadian Charter of Rights and Freedoms?*

nouvelle règle de common law ne contrevient donc pas au par. 15(1) de la *Charte*. Les parties n'ont pas présenté d'argument visant à déterminer si le par. 15(1) s'appliquait à la nouvelle règle, mais les présents motifs ne sauraient empêcher une contestation future en vertu du par. 15(1).

2. *Le paragraphe 542(2) du Code criminel du Canada est-il intra vires du Parlement du Canada?*

Les dispositions relatives à l'aliénation mentale relèvent de l'aspect préventif du pouvoir en matière de droit criminel prévu au par. 91(27). Elles ne s'appliquent qu'aux personnes atteintes d'aliénation mentale dont les actes sont prohibés par le *Code criminel* et le système des mandats du lieutenant-gouverneur protège la société parce qu'il vise à prévenir la répétition de comportements criminels et dangereux. La protection de la société est clairement l'un des buts du droit criminel.

Le fait que les dispositions relatives au renvoi sous garde ne soient pas conçues pour punir la personne acquittée ne mène pas inéluctablement à la conclusion que leur objet est le traitement et qu'elles excèdent la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Le traitement n'est pas prescrit par les dispositions contestées. Il ne constitue que le moyen d'atteindre l'objet de ces dispositions qu'est la protection de la société.

Le «traitement» au sens étroit relève des pouvoirs attribués aux provinces. Cependant, le Parlement ne perd pas sa compétence législative en répondant à une conduite criminelle d'une manière qui favorise davantage la réinsertion. La préoccupation du Parlement à l'égard des droits individuels lui donne également compétence pour légiférer quant à la procédure d'examen des mandats du lieutenant-gouverneur. Il est certes possible que l'adoption de ces dispositions ne soit pas entièrement justifiée par le motif de la protection de la société, mais il ne fait pas de doute que le Parlement peut, en s'inspirant des droits individuels et la nécessité de protéger la société, prévoir une certaine forme d'examen. À mesure que s'amenuise le danger que présentait l'individu pour la société, le droit criminel perd progressivement son emprise et les aspects coercitifs du mandat sont assouplis jusqu'au jour où l'individu est libéré de toute surveillance sous l'empire du *Code criminel*.

3. *La détention automatique, aux termes du par. 542(2) du Code criminel du Canada, d'une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale viole-t-elle la Charte canadienne des droits et libertés?*

The automatic detention required under s. 542(2) deprives the appellant of his right to liberty. The procedural fairness required by the principles of fundamental justice cannot be simply "read in" to this legislation.

When legislation confers a precise discretion that limits a right or freedom under the *Charter*, the legislation is found to constitute an infringement and the court must proceed to s. 1.

Section 542(2) does not confer an imprecise discretion on the trial judge. Instead, it requires that the trial judge always act in a manner which would infringe the s. 7 rights of an insanity acquittee. The order of "strict custody" is automatically made immediately following the trial and before any hearing on the issue of current mental state. This is not a situation in which this Court can simply "read in" procedural safeguards to make the legislation accord with constitutional requirements.

The procedural requirements of s. 7 of the *Charter* are not met by ss. 545 and 547. Assuming, without deciding, that those subsequent provisions themselves accord with the principles of fundamental justice, any subsequent hearings or review cannot change the fact that the initial remand is ordered by the trial judge under s. 542(2) without any opportunity for a hearing.

The constitutional requirements are not met by the procedural fairness afforded during the trial itself. Procedural safeguards which an accused may have enjoyed during the trial cannot offer any protection in a post-acquittal committal process.

Section 9 is illustrative of s. 7, and since the central point of the substantive s. 7 arguments in this case was that the detention was arbitrary, a discussion of s. 9 was sufficient.

The substantive defects in the legislation restrict the appellant's right not to be arbitrarily detained under s. 9 of the *Charter*. The duty of the trial judge to detain is unqualified by any standards whatsoever.

Although criteria for the operation of s. 542(2) can be found in the statutory scheme and the jurisprudence, the mandatory detention order, even if applied only to persons meeting these criteria, is still arbitrary in the way that it operates with respect to them. Not all of these

La détention automatique exigée par le par. 542(2) porte atteinte au droit de l'appelant à la liberté. Il ne suffit pas de donner une interprétation large à ces dispositions pour que soit respectée l'équité en matière de procédure qu'exigent les principes de justice fondamentale.

Lorsque la disposition confère un pouvoir discrétionnaire précis qui restreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte* on peut conclure qu'elle constitue une violation et que le tribunal doit alors procéder à l'examen en regard de l'article premier.

Le paragraphe 542(2) ne confère pas un pouvoir discrétionnaire imprécis au juge du procès. Au contraire, il exige qu'il agisse toujours de manière à enfreindre les droits que garantit l'art. 7 à la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale. L'ordonnance de «garde rigoureuse» est donc rendue automatiquement tout de suite après le procès et avant toute audience sur la question de l'état mental actuel. Il ne suffirait pas en l'espèce à notre Cour d'interpréter largement le texte législatif pour y inclure les garanties procédurales qui le rendraient conforme aux exigences constitutionnelles.

Les exigences procédurales de l'art. 7 de la *Charte* ne sont pas satisfaites par les art. 545 et 547. À supposer, sans en décider, que ces dispositions subséquentes soient conformes aux principes de justice fondamentale, aucune audience ni aucun examen ultérieurs ne sauraient changer le fait que le renvoi initial sous garde est ordonné par le juge du procès, en vertu du par. 542(2), sans qu'il y ait eu possibilité d'une audience.

Les exigences constitutionnelles ne sont pas satisfaites par l'équité en matière de procédure assurée au cours du procès lui-même. Les garanties dont l'accusé a pu jouir pendant son procès ne peuvent le protéger dans le processus de renvoi sous garde postérieur à l'acquittement.

L'article 9 est une illustration de ce que prévoit l'art. 7, et vu qu'en l'espèce le point central des arguments de fond relatifs à l'art. 7 est le caractère arbitraire de la détention, il suffira d'examiner l'art. 9.

Les problèmes de fond que comporte le texte législatif restreignent le droit de l'appelant à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte*. L'obligation du juge du procès d'ordonner la détention n'est assujettie à aucune norme que ce soit.

On peut trouver les critères d'application du par. 542(2) dans le régime législatif et la jurisprudence mais, même si l'ordonnance de détention obligatoire ne vise que les personnes qui remplissent ces critères, elle n'est pas moins arbitraire dans la façon dont elle s'ap-

individuals will be dangerous. Section 542(2), because it requires a trial judge to automatically order strict custody based on no criteria or standards and before any kind of hearing can be conducted on the issue of present mental condition, infringes the appellant's rights under ss. 7 and 9 of the *Charter*.

The objective of s. 542(2)—the protection of the public and the prevention of crime through the detention of those insanity acquittees who are dangerous because still insane, pending the decision of the Lieutenant Governor—was “pressing and substantial”.

The lack of a hearing in s. 542(2) deprives the appellant of his s. 7 right to liberty in a way that is not in accordance with the principles of fundamental justice. His s. 9 right not to be detained arbitrarily is restricted because there are no criteria for the exercise of the trial judge's power to detain.

The assumption that persons found not guilty by reason of insanity pose a threat to society may well be rational but is not always valid. Not everyone acquitted by reason of insanity has a personal history of violent conduct and such conduct and previous mental disorder does not necessarily indicate a greater possibility of future dangerous conduct. The connection between the objective and means is nevertheless rational. By ordering the detention of all insane acquittees pending the decision of the Lieutenant Governor, Parliament is ensuring that society will be protected from the ones who are dangerous.

Whatever the actual length of time between court judgment and the issuance of a Lieutenant Governor's Warrant, s. 542(2) does not meet the minimal impairment component of the proportionality test and should be struck. The indeterminate nature of the strict custody order under s. 542(2) infringes on the right to liberty (in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice) to an unacceptable degree.

A gap in time between the acquittal by reason of insanity and the decision whether to release or detain under a Lieutenant Governor's Warrant will necessarily occur given that the determination of present mental condition and dangerousness must be made prior to

plique à leur égard. En effet, ces personnes ne sont pas toutes dangereuses. Parce qu'il oblige le juge du procès à ordonner automatiquement la garde rigoureuse, sans qu'il puisse se fonder sur aucun critère ou aucune norme et avant la tenue d'une forme quelconque d'audience sur la question de la condition mentale présente de l'accusé, le par. 542(2) porte atteinte aux droits que possède l'appelant en vertu des art. 7 et 9 de la *Charte*.

L'objectif du par. 542(2) répond effectivement à des préoccupations «urgentes et réelles». Cet objectif est la protection du public et la prévention du crime par le biais de la détention, en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale qui constituent encore un danger parce qu'elles sont toujours aliénées.

Le fait qu'aucune audience ne soit prévue au par. 542(2) porte atteinte, de façon incompatible avec les principes de justice fondamentale, au droit à la liberté de l'appelant prévu à l'art. 7. La protection que lui garantit l'art. 9 contre la détention arbitraire est restreinte parce que l'exercice du pouvoir du juge du procès d'ordonner la détention ne repose sur aucun critère.

Le postulat voulant que les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale constituent une menace pour la société peut, certes, être rationnel, mais il n'est pas toujours valable. La violence passée et les troubles mentaux antérieurs des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale n'indiquent pas forcément une plus grande probabilité de conduite dangereuse dans l'avenir. Il reste qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et le moyen utilisé. En ordonnant la détention de tous les prévenus acquittés pour cause d'aliénation mentale en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, le Parlement s'assure que la société sera protégée contre ceux qui sont dangereux.

Peu importe la durée réelle de la période écoulée entre le jugement du tribunal et la délivrance d'un mandat du lieutenant-gouverneur dans un cas donné, le par. 542(2) ne répond pas à l'exigence d'atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité et il est en conséquence inopérant. La nature indéterminée de l'ordonnance de garde rigoureuse rendue en vertu du par. 542(2) porte atteinte au droit à la liberté (de façon non conforme aux principes de justice fondamentale) dans une mesure inacceptable.

Il y aura toujours un laps de temps entre l'acquittement pour cause d'aliénation mentale et la décision de libérer ou de détenir le prévenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur vu la nécessité de procéder à l'examen de la condition mentale et de la dangerosité

release and given the nature of the issues to be determined. Automatic detention following an acquittal by reason of insanity is to some extent, then, a codification of practical reality. If individuals acquitted by reason of insanity are immediately ordered into custody, they cannot pose a threat to society in the short term. Further, if observation of the individual on an inpatient basis results in more accurate predictions of recurring mental illness, crime is prevented and society protected in the future.

Insanity acquittees, however, should be detained no longer than necessary to determine whether they are currently dangerous due to their insanity. Because s. 542(2) provides for indeterminate detention, the minimal impairment component of the *Oakes* test is not met and the s. 7 restriction cannot be justified.

The order of the trial judge would be no less arbitrary if it was only in effect for a limited period of time. The effect on an individual of a period of automatic and arbitrary detention without consideration of any criteria may not be disproportionate to the importance of achieving the objective. However, the fact that the means chosen by Parliament in s. 542(2) is a period of indeterminate detention tips the balance and renders the effect of the limitation disproportionate to the objective. Therefore, s. 542(2) cannot satisfy the *Oakes* test and therefore cannot be justified with respect to s. 9 of the *Charter* either.

A period of temporary validity will extend for a period of six months because of the serious consequences of striking s. 542(2). During this period, detention ordered under s. 542(2) will be limited to 30 days in most instances, or to a maximum of 60 days where the Crown establishes that a longer period is required in the particular circumstances of the case. Courts may choose to limit their orders under s. 542(2) to between 30 and 60 days. If they do not, the writ of *habeas corpus* will be available to the individual acquitted at the expiration of 30 days.

*Per La Forest and Gonthier JJ.*: The reasons of Lamer C.J. were substantially agreed with. Conformity of the existing common law rule to the *Charter* need not be assessed under the *Oakes* test particularly as neither of the two principles of freedom of the accused in the con-

actuelles avant la mise en liberté et vu la nature des questions à trancher. La détention automatique par suite d'un acquittement pour cause d'aliénation est donc, dans une certaine mesure, une codification d'une réalité pratique. Les personnes acquittées en raison de leur aliénation mentale, immédiatement soumises à une ordonnance de détention, ne constituent plus, à court terme, un danger pour la société. De plus, s'il résulte de l'observation de l'individu en clinique des prédictions plus exactes quant à la possibilité de récurrence de la maladie mentale, la prévention du crime et la protection de la société seront assurées pour l'avenir.

Cependant, les prévenus acquittés pour cause d'aliénation mentale ne devraient être détenus que le temps nécessaire pour déterminer si leur aliénation les rend toujours dangereux. Comme le par. 542(2) prévoit une détention pour une période indéterminée, il ne satisfait pas à l'aspect atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes* et la restriction de l'application de l'art. 7 ne saurait être justifiée.

L'ordonnance du juge du procès ne perdrait pas son caractère arbitraire si elle n'était valable que pour une période limitée. L'effet qu'aurait sur un individu une période de détention automatique et arbitraire, ne reposant sur aucun critère, n'est pas nécessairement sans proportion avec l'importance de l'objectif poursuivi. Cependant, le moyen choisi par le Parlement au par. 542(2), savoir une période de détention indéterminée, contribue à mon avis à faire pencher la balance et à rendre l'effet de la restriction disproportionné à l'objectif. Le paragraphe 542(2) ne saurait donc satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes* et, partant, ne saurait non plus être justifié, en regard de l'art. 9 de la *Charte*.

En raison des conséquences graves qu'entraînerait l'invalidation du par. 542(2), celui-ci jouira d'une période de validité temporaire de six mois. Pendant cette période, toutefois, toute détention ordonnée en vertu du par. 545(2) sera limitée à 30 jours dans la plupart des cas, ou à 60 jours au maximum si le ministère public établit qu'un délai plus long est nécessaire dans les circonstances de l'espèce. Les tribunaux pourront choisir de limiter à une période de 30 à 60 jours les ordonnances qu'ils prononceront sous l'empire du par. 542(2). À défaut, chaque personne acquittée pourra recourir au bref d'*habeas corpus* après 30 jours.

*Les juges La Forest et Gonthier*: Souscrivent pour l'essentiel aux motifs du juge en chef Lamer. Il n'est pas nécessaire d'évaluer la conformité de la règle de common law actuelle avec la *Charte*, selon les critères de l'arrêt *Oakes*, car ni le principe relatif à la liberté de

duct of his defence and of sanity as an essential element to criminal responsibility was preeminent. Both are to be implemented to the greatest possible extent. The requirement of sanity, which is stated in mandatory terms in s. 16 of the *Criminal Code*, pertains to the integrity of the justice system itself. It must therefore enter into the determination of a breach of fundamental justice. While an accused in exercising his right to conduct his defence as he sees fit may choose not to invoke this principle, it remains incumbent upon the justice system to ensure that it is respected. It is not open to the accused to deny it effect.

To rely on the exercise of prosecutorial discretion to ensure respect for the principle that sanity is essential to criminal responsibility entails substituting such discretion to adjudication and is a denial of judicial process. The trial process itself must allow for the recognition and implementation of the principle.

The other reasons and conclusions of Lamer C.J. were agreed with, including those dealing with the present common law rule and the new common law rule.

*Per Wilson J.:* Section 542(2) of the *Criminal Code*, while a valid exercise of the federal criminal law power, infringes an accused's rights under both s. 7 and s. 9 of the *Charter* and is not saved by s. 1. The reasons of Lamer C.J. were agreed with subject to the reservation that discretionary powers conferred by statute should not be interpreted so as to comply with the *Charter* on the basis of a presumption of constitutionality.

It was unnecessary to deal with ss. 9 and 15 of the *Charter* since the common law rule infringes the accused's s. 7 right to liberty in that it deprives the accused of control over his own defences contrary to the principles of fundamental justice. To permit the Crown to tender evidence of insanity against the wishes of the accused is to countenance too great an interference with the fundamental right of an accused to advance whichever defences he considers to be in his best interests and to waive those which he considers are not. It could completely distort the trial process because of the impact it can have on other defences raised by the accused, on the jury's assessment of his credibility, and on the traditional role played by defence counsel in an adversary system.

l'accusé de mener sa défense ni celui de la santé mentale comme élément essentiel de la responsabilité criminelle ne l'emporte sur l'autre. L'un et l'autre doivent être appliqués dans toute la mesure du possible. Le principe relatif à la santé mentale, que l'art. 16 du *Code criminel* prescrit de façon impérative, relève de l'intégrité du système de justice lui-même. Il doit donc compter pour déterminer s'il y a eu violation de la justice fondamentale. Bien qu'un accusé puisse choisir de ne pas invoquer ce principe dans l'exercice de son droit de mener sa défense comme il l'entend, il incombe quand même au système de justice d'en assurer le respect. Il ne lui est pas loisible d'en écarter les conséquences.

S'en remettre au pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour assurer le respect du principe que la santé mentale est une condition essentielle de la responsabilité criminelle équivaut à substituer ce pouvoir discrétionnaire à une décision judiciaire et écarte le recours en justice. Il faut que le procès lui-même permette de reconnaître et de mettre en œuvre ce principe.

Les juges La Forest et Gonthier souscrivent aux autres motifs et conclusions du juge en chef Lamer, y compris ce qui concerne la règle actuelle et la nouvelle règle de common law.

*Le juge Wilson:* Bien qu'il constitue un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de droit criminel, le par. 542(2) du *Code criminel* porte atteinte aux droits que les art. 7 et 9 de la *Charte* garantissent à un accusé et il n'est pas sauvegardé par l'article premier. Il y a accord avec les motifs du juge en chef Lamer sous la réserve que les pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi ne devraient pas être interprétés de manière à faire en sorte qu'ils soient conformes à la *Charte* en se fondant sur une présomption de constitutionnalité.

Il est inutile de traiter des art. 9 et 15 de la *Charte* puisque la règle de common law porte atteinte au droit à la liberté que confère l'art. 7 à l'accusé parce qu'elle lui enlève le contrôle de ses propres moyens de défense contrairement aux principes de justice fondamentale. Permettre au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé équivaut à admettre une atteinte trop importante au droit fondamental d'un accusé de présenter les moyens de défense qui, à son avis, sont dans son meilleur intérêt et de renoncer à ceux qu'il considère ne pas l'être. Cela pourrait fausser complètement le procès en raison de l'effet que cela peut avoir sur les autres moyens de défense soulevés par l'accusé, sur l'évaluation par le jury de sa crédibilité et sur le rôle traditionnel joué par l'avocat de la défense dans un système contradictoire.

While it is a basic tenet of our criminal justice system that insane persons not be convicted of criminal offences, to permit the prosecution to introduce evidence of insanity in the course of the trial does not always promote this principle or promote it in a way which is in accord with the principles of fundamental justice. It may totally defeat the defence strategy and deprive the accused of the chance of an outright acquittal. The accused may well face consequences more harmful to him than a conviction. Society's interest in ensuring that persons who are not criminally responsible are not convicted cannot override the right of an accused to control his own defences and to forego the defence of insanity if this is in his interests. If an accused freely and with full knowledge of the alternatives and consequences waives the insanity defence, then the court cannot independently impose the defence.

The goal that insane persons not be convicted of criminal offences is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally guaranteed right and allowing the Crown to raise the issue of insanity during the trial is a rational means of furthering this objective. There are, however, alternative means of ensuring that the insane not be convicted which do not impinge as severely upon an accused's s. 7 rights. The present common law rule cannot constitute a reasonable limit because of the dramatic impact it has on defence strategy and the role of defence counsel.

There is no room for judicial deference in dealing with the common law: the task of making "difficult choices" falls squarely on the court.

The state here was acting as the "singular antagonist" seeking to limit the accused's s. 7 interests. If a limit on a s. 7 right has been achieved through a violation of the principles of fundamental justice, the enquiry comes to an end and there is no need to consider the application of s. 1.

If the court, in applying the minimal impairment branch of *Oakes*, attempts to fashion a new common law rule, the new rule must itself meet all the tests of constitutionality. It must also comply with the *Criminal Code*. Section 16(1) of the *Code* mandates an inquiry into the sanity of the accused at some point prior to the entry of

Selon un précepte fondamental de notre système de justice criminelle, les personnes souffrant d'aliénation mentale ne doivent pas être déclarées coupables d'infractions criminelles, mais permettre à la poursuite d'introduire au procès une preuve d'aliénation mentale ne valorise pas toujours ce principe ni ne le fait valoir d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale. Cela peut faire échouer complètement la stratégie adoptée par la défense et priver l'accusé de ses chances d'acquiescement sans condition. L'accusé peut subir des effets plus néfastes pour lui qu'une déclaration de culpabilité. L'intérêt de la société à veiller à ce que les personnes qui ne sont pas criminellement responsables ne soient pas déclarées coupables ne peut l'emporter sur le droit d'un accusé de contrôler ses propres moyens de défense et de renoncer à la défense d'aliénation mentale si cela est dans son intérêt. Si, librement et en pleine connaissance des choix possibles et des conséquences, un accusé renonce à la défense d'aliénation mentale, alors le tribunal ne peut de lui-même l'imposer.

L'objectif voulant que les personnes souffrant d'aliénation mentale ne soient pas déclarées coupables d'infractions criminelles a suffisamment d'importance pour justifier une dérogation à un droit garanti par la Constitution, et permettre au ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès constitue un moyen rationnel pour atteindre cet objectif. Cependant, pour veiller à ce que l'aliéné ne soit pas déclaré coupable, il existe d'autres moyens qui ne portent pas aussi gravement atteinte aux droits que l'art. 7 confère à un accusé. La présente règle de common law ne peut constituer une limite raisonnable en raison de l'effet important qu'elle a sur la stratégie de la défense et sur le rôle de l'avocat de la défense.

La retenue judiciaire n'a pas sa place dans l'examen d'une règle de common law: il incombe directement à la cour de faire des «choix difficiles».

L'État agit en l'espèce à titre d'«adversaire singulier» qui cherche à restreindre les intérêts de l'accusé à l'égard de l'art. 7. Si une limite imposée au droit garanti par l'art. 7 résulte de la violation des principes de justice fondamentale, l'examen prend fin et il n'est pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier.

Si, en appliquant le volet de l'atteinte minimale du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, la cour tente d'élaborer une nouvelle règle de common law, cette nouvelle règle doit satisfaire à tous les critères constitutionnels. Elle doit également être conforme aux dispositions du *Code criminel*. Aux termes de l'al. 16(1) du *Code*, l'état

a conviction. Permitting the Crown to raise insanity during the course of the trial, even if that permission is conditional, still infringes upon the accused's right to control his defences. Nor can it satisfy the minimal impairment branch of the *Oakes* test because, although it is a less intrusive means of accomplishing the government's objective, it is not the least intrusive means of doing so.

Conferring on the prosecution a conditional right to raise the issue of insanity during the course of the trial infringes upon the equality rights of the mentally disabled under s. 15 of the *Charter*. It denies the mentally disabled, a group in our society which has been negatively stereotyped and historically disadvantaged, the control over their defences reposed in other accused persons and does so in a way which is discriminatory. In denying the mentally disabled personal autonomy in decision-making it reinforces the stereotype that they are incapable of rational thought and the ability to look after their own interests. The prosecution's conditional right will only pass constitutional muster if it can be shown that there exists no alternative that achieves the same objective without limiting the accused's s. 7 or s. 15 rights or at least limiting them to a significantly lesser degree.

The issue of the accused's insanity should be raised at the conclusion of the trial in cases where the defences put forward by the accused have been rejected and the essential elements of the offence have been established by the prosecution beyond a reasonable doubt. At that point either party should be free to raise the issue of the accused's insanity. This approach respects the accused's right to waive the defence of insanity and ensures that any resultant prejudice he suffers in the finding of guilt flows from his own decision not to avail himself of the defence and not as a consequence of the prosecution's having raised the issue in the middle of the trial process.

Restricting the Crown's right to introduce the issue of insanity only after an accused has been found guilty may well result in some accuseds who are in fact insane being acquitted of criminal charges and thereby escaping incarceration under the *Criminal Code* entirely. The incarceration of those persons in institutes for the criminally insane is neither mandated by the principles of fundamental justice nor by the *Criminal Code*. The

de la santé mentale de l'accusé doit être vérifié à un certain moment avant qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite. Permettre au ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès, même si cette permission est conditionnelle, entraîne toujours la violation du droit de l'accusé de contrôler ses moyens de défense. Cette règle ne pourra pas non plus répondre au critère de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* parce que, bien que ce soit un moyen moins envahissant d'atteindre l'objectif du gouvernement, ce n'est pas le moyen le moins envahissant.

Accorder à la poursuite le droit conditionnel de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès porte atteinte aux droits à l'égalité des déficients mentaux garantis à l'art. 15 de la *Charte*. Cela prive, et ce, de façon discriminatoire, les déficients mentaux, un groupe de notre société qui a souffert de stéréotypes et a toujours été défavorisé, du contrôle de leurs moyens de défense qui est accordé aux autres accusés. Enlever aux déficients mentaux l'autonomie de prendre leurs propres décisions vient renforcer le stéréotype voulant qu'ils soient incapables de penser de façon rationnelle et de s'occuper de leurs propres intérêts. Le droit conditionnel de la poursuite ne sera acceptable du point de vue constitutionnel que si l'on peut démontrer qu'il n'existe aucune autre solution qui permette d'atteindre le même objectif sans restreindre les droits conférés à l'accusé par les art. 7 et 15, ou du moins en leur imposant des limites sensiblement moins importantes.

La question de l'aliénation mentale de l'accusé devrait être soulevée à la conclusion du procès dans les cas où les moyens de défense présentés par l'accusé ont été rejetés et où les éléments essentiels de l'infraction ont été établis par la poursuite hors de tout doute raisonnable. À ce stade, l'une ou l'autre partie devrait être libre de soulever la question de l'aliénation mentale de l'accusé. Cette position respecte le droit de l'accusé de renoncer à la défense d'aliénation mentale et elle fait en sorte que tout préjudice qu'il pourrait subir en raison de la déclaration de culpabilité découle de sa propre décision de ne pas se prévaloir de ce moyen de défense et non du fait que la poursuite a soulevé la question au milieu du procès.

Restreindre le droit du ministère public en ne l'autorisant pas à présenter la question de l'aliénation mentale avant que l'accusé ait été déclaré coupable peut avoir pour effet que certains accusés qui, en fait, souffrent d'aliénation mentale seront acquittés et échapperont ainsi totalement à l'incarcération prévue au *Code criminel*. L'incarcération de ces personnes dans des établissements pour les criminels souffrant d'aliénation mentale



potential risk of the criminally insane eluding the reach of the criminal law remains a matter for Parliament if it views the provincial civil commitment procedures as inadequate for the proper protection of the public.

A transitional period is required in order to deal with the consequences of a finding by this Court that s. 542(2) is of no force and effect.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* The common law rule allowing the Crown to raise evidence of insanity independently is a principle of fundamental justice consonant with and reflective of the values substantively embodied in s. 7 "principles of fundamental justice". Section 542(2) of the *Criminal Code* is *intra vires*, and, viewed within its legislative and operative context, is also fully consistent with *Charter* guarantees.

The common law rule was crafted with precision: it operates within strict parameters. The two distinct principles of fundamental justice—that of an accused's right to fully control his or her defence and the fundamental rule that insane persons not responsible for their conduct should not be convicted for otherwise criminal behaviour—find appropriate expression in the balance achieved through the proper application of the common law rule. These two principles are properly labelled "fundamental", in the language of s. 7, and are not violated by the common law rule at issue here. The principle that an individual should not be convicted absent fault is, in this case, not properly dealt with under s. 1. As the common law rule reflects an appropriate balance between the two principles, both of these principles will be addressed within s. 7.

A narrow approach is not warranted and should be avoided in a discussion of the principles of fundamental justice; these principles and their alleged violations should be viewed within the broader context of the legal system within which these principles have been found to repose. The principles of fundamental justice do not spring up independently of one another but evolve gradually in a mutually nourishing process. Any analysis requiring an examination of these principles must respect this integrity.

The two fundamental principles of justice combine to fashion a larger principle, one informed in appropriate

n'est requise ni par les principes de justice fondamentale ni par le *Code criminel*. Le risque qu'un criminel souffrant d'aliénation mentale se place hors de portée de la loi demeure une question qui relève du législateur s'il juge que les procédures civiles d'internement prévues par les législatures provinciales ne sont pas adéquates pour bien protéger le public.

Une période transitoire est nécessaire pour pallier aux conséquences d'une décision de notre Cour disposant que le par. 542(2) est inopérant.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* La règle de common law en vertu de laquelle le ministère public peut faire indépendamment une preuve d'aliénation mentale constitue un principe de justice fondamentale qui s'harmonise avec les valeurs qu'incarnent les «principes de justice fondamentale» de l'art. 7 et s'en veut le reflet. Le paragraphe 542(2) du *Code criminel* est *intra vires* et, analysé dans son contexte législatif et de mise en œuvre, est également tout à fait compatible avec les garanties accordées par la *Charte*.

La règle de common law a été formulée avec soin: son application obéit à des paramètres stricts. Les deux principes distincts de justice fondamentale—le droit de l'accusé de contrôler pleinement sa défense et la règle fondamentale selon laquelle les personnes atteintes d'aliénation mentale, non responsables de leur conduite, ne devraient pas être déclarées coupables d'un acte par ailleurs criminel—trouvent leur juste expression dans l'équilibre que permet d'atteindre l'application légitime de la règle de common law. Ces deux principes sont bel et bien, au sens de l'art. 7, de nature «fondamentale» et ne sont pas violés par la règle de common law en cause en l'espèce. Le principe selon lequel il n'y a pas de condamnation sans faute ne devrait pas, en l'espèce, faire l'objet d'un examen fondé sur l'article premier. Étant donné que la règle de common law reflète un juste équilibre entre les deux principes, ils seront examinés sous l'angle de l'art. 7.

Une approche étroite n'est pas justifiée dans l'examen des principes de justice fondamentale et il y a lieu de s'en garder. Ces principes, ainsi que leur violation qu'on allègue, doivent être analysés dans le cadre plus large du système juridique auquel ils se rattachent. Les principes de justice fondamentale ne s'élaborent pas indépendamment les uns des autres mais évoluent graduellement par un processus de fécondation mutuelle. Toute analyse comportant un examen de ces principes doit respecter cette intégrité.

Les deux principes fondamentaux de justice se combinent pour former un principe plus général, dont les

measure by concerns underlying the principles that nourish it. When viewed within the broad context in which it operates, the common law rule, and its application in any given case, is consonant with the principles of fundamental justice.

The Crown's ability to raise evidence of insanity over and above the wishes of the accused will occur only in circumstances where the guilt of the accused is in no serious doubt, the evidence of insanity is overwhelming, the offence is of a serious nature and the accused represents a continuing threat to society due to his or her present dangerousness. In no small way does this rule avert to the right of an accused to control his or her defence as its potential application is strictly and severely limited. In light of the *Charter*, future courts will tread cautiously, endeavouring to apply the rule in the strict manner in which it was intended, and thus, apply it in a fashion consistent with the principles of fundamental justice.

The legislative scheme in issue here is consistent with the guarantees set out in ss. 7 and 9 of the *Charter*. It does not offend the principles of fundamental justice and, furthermore, s. 542(2) is not arbitrary within the meaning of s. 9 of the *Charter*. While the section presumes, in effect, that all those found not guilty by reason of insanity should be detained as they may still be dangerous and/or in need of treatment, this presumption is one of common, practical sense and one that Parliament is constitutionally empowered to act upon. While the impugned section confers the power to detain acquittees who may not be presently dangerous or in need of treatment, it does not do so arbitrarily. It operates in a restricted fashion and applies only to insane acquittees charged with an indictable offence. Moreover, the trial judge has a discretion as to the place and the manner of the initial detention. In determining whether or not a provision operates arbitrarily, one must look at the operation of the provision in its entire context.

In attempting to address the unique position of the insane acquittee, Parliament has set up a comprehensive system of assessment and review. Mere literal reference to the text of the *Criminal Code* goes only a short distance towards an understanding of its working and its practical complexity. While Parliament has not devised the best scheme, it has in the context of the issues raised here, made constitutionally permissible choices. In any evaluation of complex legislative schemes the judiciary has an obligation to respect the integrity of the scheme and to measure it against constitutional guarantees with

éléments traduisent de façon harmonieuse les considérations qui les sous-tendent. Considérée dans le vaste cadre dans lequel elle s'insère, la règle de common law, ainsi que son application concrète, est compatible avec les principes de justice fondamentale.

Le ministère public ne pourra présenter une preuve d'aliénation, contre le gré de l'accusé, que dans les cas où la culpabilité de celui-ci ne soulève pas de doute sérieux, où la preuve de l'aliénation est accablante, où il s'agit d'une infraction grave et où l'accusé présente toujours une menace pour la société en raison de sa dangerosité. Cette règle tient donc largement compte du droit de l'accusé de contrôler sa défense puisque l'application en est strictement et sévèrement limitée. À la lumière de la *Charte*, les tribunaux redoubleront dorénavant de prudence en s'efforçant d'appliquer la règle avec toute la rigueur voulue et, de ce fait, d'une manière compatible avec les principes de justice fondamentale.

Le régime législatif ici en cause est compatible avec les garanties qu'accordent les art. 7 et 9 de la *Charte*. Il ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale et, en outre, le par. 542(2) n'est pas arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*. Bien que l'article présume, de fait, que toutes les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale devraient être détenues parce qu'elles peuvent encore présenter un danger ou avoir encore besoin de traitement, ou les deux, il s'agit d'une présomption logique dont le Parlement peut, dans le respect de la Constitution, se réclamer. L'article attaqué confère, certes, le pouvoir de détenir des personnes acquittées qui ne sont peut-être pas dangereuses à l'heure actuelle ou ne nécessitent peut-être pas de traitement, mais il ne le fait pas de façon arbitraire. Il joue de façon restreinte et ne s'applique qu'aux personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale qui étaient accusées d'un acte criminel. De plus, le juge du procès possède un pouvoir discrétionnaire quant au lieu et aux conditions de la détention initiale. Pour déterminer si une disposition est arbitraire, on doit l'examiner dans son contexte globale.

En voulant s'attaquer à la position toute particulière de la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale, le Parlement a mis en œuvre un mécanisme global d'évaluation et d'examen. Une simple lecture littérale du texte du *Code criminel* ne donne qu'une vague idée du fonctionnement de ce mécanisme et de la complexité de son application pratique. Le Parlement n'a pas conçu le meilleur régime, mais dans le contexte des questions soulevées en l'espèce, il a fait des choix que la Constitution lui permettait de faire. Dans toute évaluation de mécanismes législatifs complexes, le pouvoir judiciaire

this integrity in mind. In the absence of some constitutional imperative, this Court cannot act as a "super-legislature" and tinker with a legitimate legislative scheme. In light of the complex structure provided by Parliament, any redrafting of the legislation is properly left to reform and legislative bodies.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; **overturned:** *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; **distinguished:** *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; **referred to:** *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, reversing (1985), 22 C.C.C. (3d) 353; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975); *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re: ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Lingley v. New Brunswick Board of Review* (1973), 13 C.C.C. (2d) 303; *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Jones v. United States*, 463 U.S.

se doit d'en respecter l'intégrité et de tenir compte de cette intégrité pour apprécier un système donné au regard des garanties constitutionnelles. En l'absence d'impératif constitutionnel, notre Cour ne saurait se comporter comme une «super-législature» et jongler avec les pièces d'un mécanisme législatif légitime. Compte tenu de la complexité de la structure créée par le Parlement, toute velléité de réécrire la législation doit être laissée aux commissions de réforme et aux organismes législatifs.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt appliqué:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés:** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; **arrêts écartés:** *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; **distinction d'avec l'arrêt:** *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; **arrêts mentionnés:** *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, infirmant (1985), 22 C.C.C. (3d) 353; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **Renvoi:** *Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975); *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)**, [1990] 1 R.C.S. 1123; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Lingley c. Commission d'examen du Nouveau-Brunswick*, [1973] C.F. 861; *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S.

354 (1983); *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By Gonthier J.

**Referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Wilson J.

**Overtured:** *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; **referred to:** *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Whalem v. United States*, 346 F.2d 812 (1965); *Frendak v. United States*, 408 A.2d 364 (1979); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (2d) 153; *Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180; *Re Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board* (1983), 42 O.R. (2d) 268; *Jollimore v. Nova Scotia (A.G.)* (1986), 75 N.S.R. (2d) 191; *Attorney General of Ontario v. Grady* (1988), 34 C.R.R. 289; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12.  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 9, 11(d), 12, 15(1), (2), 24(1), 32.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(12), (27), 92(7), (13), (16).  
*Constitution Act*, 1982, s. 52(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16, 101, 245, 245.2(2), 465, 542(1), (2), 543, 544, 545, 546, 547, 608.2, 643, 669, 691.  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 33(3).

1038; *Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

<sup>a</sup> Citée par le juge Gonthier

**Arrêt mentionné:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge Wilson

<sup>b</sup> **Arrêts écartés:** *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; **arrêts mentionnés:** *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Whalem v. United States*, 346 F.2d 812 (1965); *Frendak v. United States*, 408 A.2d 364 (1979); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé J. (dissidente)

<sup>e</sup> *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (2d) 153; *Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180; *Re Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board* (1983), 42 O.R. (2d) 268; *Jollimore v. Nova Scotia (A.G.)* (1986), 75 N.S.R. (2d) 191; *Attorney General of Ontario v. Grady* (1988), 34 C.R.R. 289; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711.

<sup>h</sup> **Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 9, 11(d), 12, 15(1), (2), 24(1), 32.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 16, 101, 245, 245.2(2), 465, 542(1), (2), 543, 544, 545, 546, 547, 608.2, 643, 669, 691.  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III.  
*Heroin Treatment Act*, S.B.C. 1978, ch. 24.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(12), (27), 92(7), (13), (16).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

*Heroin Treatment Act*, S.B.C. 1978, c. 24.  
*Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1952, c. 160.  
*Mental Health Act*, R.S.O. 1980, c. 262, s. 32, Form 1.  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74,  
 r. 32(1), (4).

#### Authors Cited

Butler, Brian T. "How Are Assessments Conducted?" in C. D. Webster, R. J. Menzies, M. A. Jackson, et al., *Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender*. Working Paper in Forensic Psychiatry, No. 27. Toronto: Metropolitan Toronto Forensic Service (Metfors), Clarke Institute of Psychiatry.  
 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant-Governor's Warrants, (1988).  
 Cohn, David S. "Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection" (1988), 15 *Hast. Const. L.Q.* 295.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.  
 Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 2, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.  
 Singer, Anne C. "The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant" (1980), 41 *Ohio St. L.J.* 637.  
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.  
 Weiler, Paul. "Two Models of Judicial Decision-Making" (1968), 46 *Can. Bar Rev.* 406.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 53 O.R. (2d) 609, 24 C.C.C. (3d) 385, 50 C.R. (3d) 97, 13 O.A.C. 161, dismissing an appeal from an acquittal by reason of insanity. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting. The constitutional questions were answered as follows: (1) s. 542(2) of the *Criminal Code* was *intra vires*; (2) the common law criteria limited s. 7 of the *Charter*—it was not necessary to consider ss. 9 and 15 of the *Charter*—and (3) were not justified by s. 1; (4) s. 542(2) of the *Criminal Code* violated ss. 7 and 9 of the *Charter* and (5) was not justified by s. 1.

*Clayton Ruby, Marlys Edwardh and Michael Code*,  
 for the appellant.

*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 12.  
*Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1980, ch. 262, art. 32, formule 1.  
*Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1952, ch. 160.  
*Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 33(3).  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 32(1), (4).

#### Doctrines citées

Base de données canadiennes : Personnes détenues en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, (1988).  
 Butler, Brian T. «How Are Assessments Conducted?» in C. D. Webster, R. J. Menzies, M. A. Jackson, et al., *Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender*. Working Paper in Forensic Psychiatry, No. 27. Toronto: Metropolitan Toronto Forensic Service (Metfors), Clarke Institute of Psychiatry.  
 Cohn, David S. «Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection» (1988), 15 *Hast. Const. L.Q.* 295.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.  
 Laskin, Bora. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, vol. 2, 5th ed. By Neil Finkelstein. Toronto: Carswells, 1986.  
 Singer, Anne C. «The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant» (1980), 41 *Ohio St. L.J.* 637.  
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.  
 Weiler, Paul. «Two Models of Judicial Decision-Making» (1968), 46 *R. du B. can.* 406.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 53 O.R. (2d) 609, 24 C.C.C. (3d) 385, 50 C.R. (3d) 97, 13 O.A.C. 161, qui a rejeté l'appel d'un acquittement pour cause d'aliénation mentale. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissident. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes: (1) le par. 542(2) du *Code criminel* est *intra vires*, (2) les critères de common law restreignent l'art. 7 de la *Charte*—il n'est pas nécessaire de répondre au sujet des art. 9 et 15 de la *Charte*—et (3) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, (4) le par. 542(2) du *Code criminel* viole les art. 7 et 9 de la *Charte* et (5) il n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

*Clayton Ruby, Marlys Edwardh et Michael Code*,  
 pour l'appellant.

*Eric Siebenmorgen*, for the respondent.

*I. G. Whitehall, Q.C.* and *B. Glendinning*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Paul J. French*, for the intervener the Lieutenant Governor's Board of Review of Ontario.

*Gwen Brodsky* and *Yvonne Peters*, for the interveners the Canadian Disability Rights Council, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Association of Community Living.

The judgment of *Lamer C.J.* and *Sopinka* and *Cory JJ.* was delivered by

LAMER C.J.—This case raises a number of issues regarding the operation of the insanity defence and the manner in which insanity acquittees are dealt with under our criminal law. This Court has been asked to consider whether the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which set out the legislative scheme relating to insanity acquittees are within Parliament's criminal law power and whether these provisions are inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This Court has also been asked to consider whether the common law rule which allows the Crown, in certain circumstances, to raise evidence of insanity over and above an accused's wishes is inconsistent with the *Charter*.

### The Facts

In October of 1983, Owen Swain was arrested and charged with assault and aggravated assault, contrary to ss. 245 and 245.2(2) of the *Criminal Code* (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 266 and 268). These charges arose from an incident in which the appellant, Mr. Swain, attacked his wife and two infant children in a bizarre manner. Fortunately, Mrs. Swain and the children sustained only superficial physical injuries. At trial, the appellant's wife testified that during the incident Swain appeared to be fighting with the air and talking about spirits. At the time of his arrest, the appellant was very excited and spoke in

*Eric Siebenmorgen*, pour l'intimée.

*I. G. Whitehall, c.r.*, et *B. Glendinning*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Paul J. French*, pour l'intervenante la Commission d'examen du lieutenant-gouverneur de l'Ontario.

*Gwen Brodsky* et *Yvonne Peters*, pour les intervenants le Conseil canadien des droits des personnes handicapées, l'Association canadienne pour la santé mentale et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

Version française du jugement du juge en chef *Lamer* et des juges *Sopinka* et *Cory* rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi soulève plusieurs questions relatives au fonctionnement du moyen de défense d'aliénation mentale et à la façon dont notre droit criminel traite les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale. La Cour doit répondre à la question de savoir si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui établissent le régime législatif concernant les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale relèvent des pouvoirs du Parlement en matière de droit criminel et si ces dispositions sont incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. On a également demandé à la Cour de décider si la règle de common law qui permet au ministre public, dans certaines circonstances, de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, est incompatible avec la *Charte*.

### Les faits

En octobre 1983, Owen Swain a été arrêté et accusé de voies de fait et de voies de fait graves en vertu de l'art. 245 et du par. 245.2(2) du *Code criminel* (maintenant les art. 266 et 268, L.R.C. (1985), ch. C-46). Ces accusations faisaient suite à un incident au cours duquel l'appellant, M. Swain, a attaqué de façon étrange sa femme et ses deux enfants en bas âge. Heureusement, M<sup>me</sup> Swain et les enfants n'ont subi que des blessures superficielles. Au procès, l'épouse de l'appellant a témoigné qu'au cours de l'incident, Swain semblait se battre contre l'air et parler d'esprits. Au moment de son arrestation, l'ap-

a “dialect” about religious themes. Mr. Swain testified at trial that, during the incident, he felt his family was being attacked by devils and that he had to protect them by carrying out certain acts.

On November 1, 1983, the appellant was transferred from the Toronto Jail to the Penetanguishene Mental Health Centre pursuant to a Form 1 application under the *Mental Health Act*, R.S.O. 1980, c. 262 (Form 1). While at the Centre, Swain behaved in a bizarre and regressive manner. Two anti-psychotic drugs were prescribed and administered to him and his condition improved rapidly. By December 19, 1983, the appellant was released into the community (on the condition that he would continue to see a psychiatrist) on the recommendation of Dr. Fleming, the Director of the forensic unit at the Penetanguishene Mental Health Centre. Mr. Swain returned briefly to jail and was granted bail on conditions shortly thereafter. The appellant remained on bail until June 10, 1985, and continued to take medication and to see a psychiatrist.

On May 3, 1985, Mr. Swain’s trial took place in the District Court of Ontario before O’Connell Dist. Ct. J. At trial, the Crown sought to adduce evidence with respect to insanity at the time of the offence, to which the appellant objected. After conducting a *voir dire*, the trial judge ruled that the Crown could adduce such evidence. At the conclusion of the trial, Mr. Swain was found not guilty by reason of insanity on all counts. Defence counsel then moved to have s. 542(2) of the *Code* (now s. 614), which provides for the automatic detention at the pleasure of the Lieutenant Governor of an insanity acquittee, declared inoperative on the basis that it violated the *Charter*. O’Connell Dist. Ct. J. reserved judgment and on June 10, 1985, held that Mr. Swain’s constitutional rights were not infringed by s. 542(2) and ordered that the appellant be kept in strict custody at the Queen Street Mental Health Centre in Toronto until the Lieutenant Governor’s pleasure was known. Mr. Swain filed a notice of appeal in the Ontario Court of Appeal and applied for bail pending appeal. Martin J.A., in Chambers, adjourned this application in order to permit an early hearing of the appellant’s

pelant était très excité et employait une sorte de «dialecte» pour parler de thèmes religieux. M. Swain a déclaré au procès que, pendant l’incident, il croyait que sa famille était attaquée par des démons et qu’il devait accomplir certains gestes pour les protéger.

Le 1<sup>er</sup> novembre 1983, l’appelant a été transféré de la prison de Toronto au Penetanguishene Mental Health Centre, conformément à une demande faite en vertu de la *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1980, ch. 262 (formule 1). Pendant qu’il était au Centre, Swain a agi de façon étrange et régressive. Deux médicaments antipsychotiques lui ont été prescrits et administrés, et son état s’est rapidement amélioré. Le 19 décembre 1983, l’appelant a été remis en liberté (à la condition qu’il continue de consulter un psychiatre), sur la recommandation du Dr Fleming, directeur du département de médecine légale du Penetanguishene Mental Health Centre. Monsieur Swain est retourné en prison pour un bref séjour et peu après a été mis en liberté sous caution assortie de conditions. L’appelant est demeuré en liberté sous caution jusqu’au 10 juin 1985, et il a continué de prendre ses médicaments et de consulter un psychiatre.

Le 3 mai 1985, M. Swain a subi son procès devant le juge O’Connell de la Cour de district de l’Ontario. Le ministère public a cherché à produire une preuve relative à l’aliénation mentale au moment de l’infraction, ce à quoi l’appelant s’est opposé. Après un *voir dire*, le juge du procès a conclu que le ministère public pouvait présenter ce genre de preuve. À la conclusion du procès, M. Swain a été déclaré non coupable relativement à tous les chefs d’accusation pour cause d’aliénation mentale. L’avocat de la défense a alors demandé que le par. 542(2) du *Code* (maintenant l’art. 614), qui prévoit la détention automatique d’une personne acquittée pour cause d’aliénation mentale au bon plaisir du lieutenant-gouverneur, soit déclaré invalide parce qu’il viole la *Charte*. Le juge O’Connell a mis l’affaire en délibéré et, le 10 juin 1985, il a conclu que le par. 542(2) ne portait pas atteinte aux droits reconnus par la Constitution à M. Swain et ordonné que l’appelant soit tenu sous une garde rigoureuse, au Queen Street Mental Health Centre de Toronto, jusqu’à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu. Monsieur Swain a déposé un avis d’appel en Cour d’appel de l’Ontario

case by the Advisory Review Board (the body which may be appointed to advise the Lieutenant Governor concerning the detention of insanity acquittees). On June 12, 1985, the Lieutenant Governor issued a warrant further detaining the appellant in safe custody in a mental hospital for assessment and report to the Advisory Review Board within 30 days. Neither the appellant nor his counsel received prior notice of this decision, although it would appear that some attempts were made to notify the appellant's counsel. Accordingly, neither the appellant nor his counsel made submissions with respect to this decision.

Pursuant to the above-mentioned warrant, Mr. Swain was sent for psychiatric examination and assessment to the Clarke Institute of Psychiatry, where he remained a patient in the forensic unit until July 12, 1985. The Advisory Review Board held a review hearing on July 26, 1985, pursuant to the provisions of s. 547 of the *Code* (now s. 619). The appellant and his counsel were present at this hearing. On August 6, 1985, the Advisory Review Board recommended to the Lieutenant Governor that Mr. Swain should remain in safe custody at the Queen Street Mental Health Centre. Shortly thereafter, the Lieutenant Governor issued a warrant for the further detention of Mr. Swain. The Lieutenant Governor accepted the recommendations of the Board which provided, *inter alia*, that the administrator of the Queen Street Mental Health Centre have the discretion to permit the appellant to re-enter the community with conditions as to supervision and follow-up treatment.

On two occasions (July 30, 1985 and August 20, 1985), the appellant's counsel wrote to the Lieutenant Governor requesting the right to appear and make submissions before the Lieutenant Governor at the time when the recommendation of the Advisory Review Board would be considered. This request was not granted. It was not until after the Lieutenant Governor's warrant for the further detention of Mr.

et demandé d'être mis en liberté sous caution jusqu'à l'issue de l'appel. Le juge Martin, en chambre, a ajourné cette demande afin de permettre à la commission d'examen (l'organisme qui peut être nommé pour conseiller le lieutenant-gouverneur en ce qui concerne la détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale) de procéder rapidement à l'audition du cas de l'appellant. Le 12 juin 1985, le lieutenant-gouverneur a délivré un mandat ordonnant la mise sous bonne garde de l'appellant dans un hôpital psychiatrique, à des fins d'évaluation dont il devait être fait rapport à la commission d'examen dans les 30 jours suivants. Ni l'appellant ni son avocat n'ont été informés au préalable de cette décision, même s'il semble qu'on ait tenté d'en aviser l'avocat de l'appellant. Par conséquent, ni l'appellant ni son avocat n'ont présenté d'observations en rapport avec cette décision.

En vertu du mandat susmentionné, M. Swain a été envoyé au Clarke Institute of Psychiatry afin d'y subir un examen et une évaluation psychiatriques; il a été hospitalisé au département de médecine légale jusqu'au 12 juillet 1985. Le 26 juillet 1985, la commission d'examen a procédé à un examen comme le prévoit l'art. 547 du *Code* (maintenant l'art. 619). L'appellant et son avocat étaient présents. Le 6 août 1985, la commission d'examen a recommandé au lieutenant-gouverneur la mise sous bonne garde de M. Swain, au Queen Street Mental Health Centre. Peu après, le lieutenant-gouverneur a délivré un mandat pour le maintien en détention de M. Swain. Le lieutenant-gouverneur a accepté les recommandations de la commission qui prévoyaient notamment que l'administrateur du Queen Street Mental Health Centre ait le pouvoir discrétionnaire de permettre la réinsertion de l'appellant dans la société, sous réserve de conditions relatives à la surveillance et au suivi du traitement.

L'avocat de l'appellant a écrit au lieutenant-gouverneur à deux reprises (le 30 juillet et le 20 août 1985), pour obtenir le droit de comparaître et de présenter des observations devant le lieutenant-gouverneur au moment de l'étude de la recommandation de la commission d'examen. Cette demande n'a pas été accordée. Ce n'est qu'après la délivrance du mandat du lieutenant-gouverneur pour le maintien en détention



Swain had issued that the recommendation of the Advisory Review Board was released to the appellant's counsel.

The appeal to the Ontario Court of Appeal was heard in early September, 1985. A majority of the Court of Appeal (*per* Thorson J.A.) dismissed the appeal, Brooke J.A. dissenting. The appellant sought leave to appeal to this Court, which application was granted on March 26, 1987. At the time that the application for leave to appeal was filed, the appellant was in safe custody. However, on September 4, 1986, the Lieutenant Governor of Ontario ordered that his warrant detaining the appellant be vacated and that the appellant be discharged absolutely.

### The Legislative Scheme

*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 the person 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.

. . .

542. (1) Where, upon the trial of an accused who is charged with an indictable offence, evidence is given that the accused was insane at the time the offence was committed and the accused is acquitted,

(a) the jury, or

(b) the judge or magistrate, where there is no jury,

shall find whether the accused was insane at the time the offence was committed and shall declare whether he is acquitted on account of insanity.

de M. Swain que la recommandation de la commission d'examen a été communiquée à l'avocat de l'appelant.

La Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'appel au début de septembre 1985. Le juge Thorson, au nom de la majorité, l'a rejeté, le juge Brooke étant dissident. L'appelant a demandé l'autorisation de se pourvoir contre cette décision, et notre Cour lui a accordé l'autorisation le 26 mars 1987. Au moment de la demande d'autorisation de pourvoi, l'appelant était sous bonne garde. Cependant, le 4 septembre 1986, le lieutenant-gouverneur de l'Ontario a ordonné la levée de son mandat de détention et la libération inconditionnelle de l'appelant.

### Le régime législatif

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. 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'imbécillité 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.

h

. . .

542. (1) Si, lors du procès d'un accusé inculpé d'un acte criminel, il est déposé que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise et s'il est acquitté,

a) le jury, ou

b) le juge ou magistrat, quand il n'y a pas de jury,

doit constater si l'accusé était aliéné lors de la perpétration de l'infraction et déclarer s'il est acquitté pour cause d'aliénation mentale.

(2) Where the accused is found to have been insane at the time the offence was committed, the court, judge or magistrate before whom the trial is held shall order that he be kept in strict custody in the place and in the manner that the court, judge or magistrate directs, until the pleasure of the lieutenant governor of the province is known. [Emphasis added.]

545. (1) Where an accused who is, pursuant to this Part, found to be insane, the lieutenant governor of the province in which he is detained may make an order

(a) for the safe custody of the accused in a place and manner directed by him, or

(b) if in his opinion it would be in the best interest of the accused and not contrary to the interest of the public, for the discharge of the accused either absolutely or subject to such conditions as he prescribes.

(2) An accused to whom paragraph (1)(a) applies may, by warrant signed by an officer authorized for that purpose by the lieutenant governor of the province in which he is detained, be transferred for the purposes of his rehabilitation to any other place in Canada specified in the warrant with the consent of the person in charge of such place.

(3) A warrant mentioned in subsection (2) is sufficient authority for any person who has custody of the accused to deliver the accused to the person in charge of the place specified in the warrant and for such last mentioned person to detain the accused in the manner specified in the order mentioned in subsection (1).

547. (1) The lieutenant governor of a province may appoint a board to review the case of every person in custody in a place in that province by virtue of an order made pursuant to section 545 or subsection 546(1) or (2).

(2) The board referred to in subsection (1) shall consist of not less than three and not more than five members of whom one member shall be designated chairman by the members of the board, if no chairman has been designated by the lieutenant governor.

(3) At least two members of the board shall be duly qualified psychiatrists entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province for which

(2) S'il est constaté que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise, la cour, le juge ou le magistrat devant qui le procès s'instruit doit ordonner que l'accusé soit tenu sous une garde rigoureuse dans le lieu et de la manière que la cour, le juge ou le magistrat ordonne, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu.

545. (1) Lorsque, en application de la présente Partie, un accusé est déclaré atteint d'aliénation mentale, le lieutenant-gouverneur de la province où l'accusé est détenu peut

a) rendre une ordonnance pour la bonne garde de l'accusé dans le lieu et de la manière qu'il prescrit, ou

b) s'il est d'avis que la mesure est dans l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public, rendre une ordonnance portant libération de l'accusé, soit inconditionnellement, soit aux conditions qu'il prescrit.

(2) Le prévenu visé à l'alinéa (1)a) peut être transféré aux fins de sa réhabilitation à tout endroit au Canada que précise le mandat signé par l'agent qu'autorise à cette fin le lieutenant-gouverneur de la province où il est détenu, sous réserve du consentement du responsable de l'établissement de l'endroit.

(3) Le mandat visé au paragraphe (2) donne à toute personne qui a la garde du prévenu le pouvoir de le remettre à la personne responsable du lieu indiqué dans ce mandat et à cette dernière de le détenir de la manière indiquée dans l'ordonnance mentionnée au paragraphe (1).

547. (1) Le lieutenant-gouverneur d'une province peut nommer une commission pour examiner le cas de chaque personne qui est sous garde dans un lieu de ladite province en vertu d'une ordonnance rendue en conformité de l'article 545 ou du paragraphe 546(1) ou (2).

(2) La commission mentionnée au paragraphe (1) se compose de trois à cinq membres qui choisissent parmi eux un président lorsque le lieutenant-gouverneur n'en a pas désigné.

(3) Au moins deux membres de la commission doivent être des psychiatres dûment qualifiés et autorisés à exercer la médecine en conformité des lois de la pro-

the board is appointed, and at least one member of the board shall be a member of the bar of the province.

(4) Three members of the board of review, at least one of whom is a psychiatrist described in subsection (3) and one of whom is a member of the bar of the province, constitute a quorum of the board.

(5) The board shall review the case of every person referred to in subsection (1)

(a) not later than six months after the making of the order referred to in that subsection relating to that person, and

(b) at least once in every twelve month period following the review required pursuant to paragraph (a) so long as the person remains in custody under the order,

and forthwith after each review the board shall report to the lieutenant governor setting out fully the results of such review and stating

(d) where the person in custody was found not guilty on account of insanity, whether, in the opinion of the board, that person has recovered and, if so, whether in its opinion it is in the interest of the public and of that person for the lieutenant governor to order that he be discharged absolutely or subject to such conditions as the lieutenant governor may prescribe,

(f) any recommendations that it considers desirable in the interests of recovery of the person to whom such review relates and that are not contrary to the public interest.

(6) In addition to any review required to be made under subsection (5), the board shall review any case referred to in subsection (1) when requested to do so by the lieutenant governor and shall forthwith after such review report to the lieutenant governor in accordance with subsection (5).

(7) For the purposes of a review under this section, the chairman of a board has all the powers that are conferred by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act* on commissioners appointed under Part I of that Act.

vince pour laquelle la commission est nommée et un membre au moins de la commission doit appartenir au barreau de la province.

(4) Trois membres de la commission d'examen, dont au moins un psychiatre visé au paragraphe (3) et un membre du barreau de la province, constituent un quorum de la commission.

(5) La commission doit examiner le cas de chaque personne mentionnée au paragraphe (1),

a) au plus tard six mois après qu'a été rendue l'ordonnance visée dans ce paragraphe relativement à cette personne, et

b) au moins une fois tous les douze mois après l'examen exigé à l'alinéa a), aussi longtemps que cette personne reste sous garde en vertu de l'ordonnance,

et la commission doit, immédiatement après chaque examen, faire un rapport au lieutenant-gouverneur énonçant en détail les résultats de cet examen et indiquant,

d) lorsque la personne sous garde a été trouvée non coupable, pour cause d'aliénation mentale, si, de l'avis de la commission, cette personne est rétablie et, dans l'affirmative, si à son avis, il est dans l'intérêt du public et dans l'intérêt de cette personne que le lieutenant-gouverneur ordonne qu'elle soit libérée absolument ou sous réserve des conditions que le lieutenant-gouverneur peut prescrire,

f) les conclusions qu'elle estime souhaitables afin de réhabiliter la personne dont le cas a été examiné et compatibles avec l'intérêt public.

(6) En plus de tout examen qui doit être effectué en vertu du paragraphe (5), la commission doit examiner tout cas mentionné au paragraphe (1) lorsque le lieutenant-gouverneur le lui demande et elle doit, immédiatement après un tel examen, faire rapport au lieutenant-gouverneur en conformité du paragraphe (5).

(7) Aux fins de l'examen prévu par le présent article, le président de la commission peut exercer tous les pouvoirs, mentionnés aux articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, d'un commissaire nommé en vertu de la Partie I de cette loi. [Je souligne.]

*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.

. . .

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.

. . .

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

. . .

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

. . .

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

*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.

*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.

b

. . .

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.

c

. . .

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

d

. . .

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

e

. . .

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

f

g

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

i

*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.

j

Lower Court Judgments*District Court of Ontario* (O'Connell Dist. Ct. J.)

The appellant was tried by O'Connell Dist. Ct. J. in the District Court of Ontario. During the trial the Crown sought to adduce evidence of insanity. Mr. Swain objected to the issue of insanity being raised and a *voir dire* was held to determine the admissibility of the evidence. O'Connell Dist. Ct. J. referred to both *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, and *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, and stated:

... in dealing with the first issue, I must be satisfied that there was what I would indicate the cases refer to as convincing evidence that these offences are of a serious nature and that the evidence that has been adduced satisfies the seriousness of the nature of the offences.

O'Connell Dist. Ct. J. was satisfied that the alleged offences were of a serious nature and that "this is not a trivial matter in any sense of the word". He went on to state that he was satisfied that Mr. Swain suffered from "legal insanity". In concluding that the Crown was entitled to lead evidence of insanity over and above the appellant's wishes, O'Connell Dist. Ct. J. stated that there was convincing evidence that there was conduct which may have endangered the lives of the children and that Mr. Swain was a danger to the public at the time of the alleged incident.

After hearing the Crown's evidence with respect to insanity, O'Connell Dist. Ct. J. discussed the essential elements of the offence of aggravated assault and concluded that this offence had been sufficiently proven. He stated that "[a]s to Mrs. Swain, there is no issue as to the act of common assault".

The trial judge then turned to the issue of insanity and held that Mr. Swain did have a disease of the mind which rendered him incapable of appreciating the nature and quality of the acts on the night in question. Consequently, he found the appellant not guilty by reason of insanity on each of the counts.

Jugements des juridictions inférieures*Cour de district de l'Ontario* (Le juge O'Connell)

L'appelant a subi son procès devant le juge O'Connell de la Cour de district de l'Ontario. Au procès, le ministère public a voulu produire une preuve d'aliénation mentale. Monsieur Swain s'est opposé à ce que la question de l'aliénation mentale soit soulevée et la cour a procédé à un voir-dire pour établir l'admissibilité de la preuve. Le juge O'Connell a mentionné les arrêts *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, et *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, et a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] ... quant à la première question, je dois être convaincu qu'il y avait ce que j'appellerais, d'après mon interprétation des décisions, une preuve convaincante que ces infractions sont graves et que la preuve produite correspond au caractère grave des infractions.

Le juge O'Connell était convaincu que les infractions reprochées étaient graves et que ce n'était pas [TRADUCTION] «une question futile dans quelque sens du mot». Il a ajouté qu'il était convaincu que M. Swain souffrait d'aliénation mentale, au sens légal du terme. Le juge O'Connell a déclaré qu'il y avait une preuve convaincante d'une conduite qui aurait pu mettre la vie des enfants en danger et que M. Swain constituait un danger pour le public au moment de l'incident allégué, et il a conclu que le ministère public avait le droit de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'appelant.

Après avoir entendu la preuve du ministère public concernant l'aliénation mentale, le juge O'Connell a analysé les éléments essentiels de l'infraction de voies de fait graves et conclu qu'il y avait une preuve suffisante de cette infraction. Il a déclaré que [TRADUCTION] «[q]uant à M<sup>me</sup> Swain, la question des voies de fait simples ne fait aucun doute».

Le juge du procès a ensuite abordé la question de l'aliénation mentale et il a conclu que M. Swain était atteint d'une maladie mentale qui le rendait incapable de juger la nature et la qualité des actes commis cette nuit-là. Par conséquent, il a déclaré l'appelant non coupable pour cause d'aliénation mentale relativement à chacun des chefs d'accusation.

Counsel for Mr. Swain then made a motion pursuant to the *Charter* that s. 542(2) was inconsistent with the provisions of the *Charter* and should be “read down” so as to allow the Court to inquire into whether Mr. Swain required a custodial setting rather than simply making an order for safe custody. The trial judge took this matter under consideration and gave reasons on June 10, 1985.

O’Connell Dist. Ct. J. held that Mr. Swain’s constitutional rights were not infringed by s. 542(2) and ordered that the appellant be kept in strict custody at the Queen Street Mental Health Centre in Toronto until the pleasure of the Lieutenant Governor was known. The trial judge considered ss. 7, 9, 12 and 15 of the *Charter* and found that none of these constitutional guarantees was infringed by s. 542(2). O’Connell Dist. Ct. J. placed considerable emphasis on the holding in *Saxell* to the effect that the s. 542(2) was not contrary to the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. He went on to state:

If there is any deprivation in fairness by reason of the actions of the Lieutenant Governor or of the review board, remedies exist at law, in my view, by way of application for the protection of his rights and freedoms under the *Charter* and in particular under sections 7, 9, 12 and 15 because the sections of the *Code*, in my view, as submitted by the Crown are a system or scheme flowing from the section of the *Code* which allows for exceptional cases such as the one we have before us, that is, for complete assessment, observation, consultation and possible speedy release [*sic*] into the community. S. 542(2) must be read in conjunction with ss. 545 and 547. The section must deal with insane persons so found and the treatment of such persons considered by law to be ill and considered not to be serving a sentence, that is, not being punished.

O’Connell Dist. Ct. J. then stated that if the section were unconstitutional under the aforementioned provisions of the *Charter*, it would be saved under s. 1 of the *Charter*.

L’avocat de M. Swain a ensuite présenté une requête en vertu de la *Charte*, dans laquelle il soutenait que le par. 542(2) était incompatible avec les dispositions de la *Charte* et devrait recevoir une «interprétation atténuée» de façon à permettre à la cour d’examiner si M. Swain avait besoin d’être placé en milieu surveillé plutôt que de rendre tout simplement une ordonnance de bonne garde. Le juge du procès a mis la question en délibéré et a rendu son jugement le 10 juin 1985.

Le juge O’Connell a conclu que le par. 542(2) ne portait pas atteinte aux droits constitutionnels de M. Swain et il a ordonné que l’appelant soit tenu sous une garde rigoureuse au Queen Street Mental Health Centre de Toronto, jusqu’à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu. Le juge du procès a examiné les art. 7, 9, 12 et 15 de la *Charte* et conclu que le par. 542(2) ne portait atteinte à aucune de ces garanties constitutionnelles. Le juge O’Connell a beaucoup insisté sur la conclusion de l’arrêt *Saxell* selon lequel le par. 542(2) ne contrevenait pas à la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. Il a ensuite ajouté:

[TRADUCTION] Si les gestes du lieutenant-gouverneur ou de la commission d’examen portent atteinte à l’équité, il existe des recours en droit, par voie de demande de protection des droits et libertés garantis par la *Charte*, notamment par les art. 7, 9, 12 et 15, parce qu’à mon avis, les articles du *Code*, comme le soutient le ministère public, constituent un régime ou un système fondé sur l’article du *Code* qui prévoit des cas exceptionnels comme celui en l’espèce, c’est-à-dire un système qui prévoit l’évaluation, l’observation, la consultation et même, le cas échéant, la réinsertion rapide dans la collectivité. Le paragraphe 542(2) doit être interprété en corrélation avec les art. 545 et 547. Cette disposition doit traiter des personnes déclarées aliénées et du traitement de ces personnes considérées en droit comme des malades et non comme des personnes qui purgent une peine, des personnes punies.

Le juge O’Connell a ensuite affirmé que si la disposition était inconstitutionnelle en vertu des dispositions susmentionnées de la *Charte*, elle serait sauvegardée en vertu de l’article premier de la *Charte*.

*Ontario Court of Appeal (per Thorson J.A.; Brooke J.A. dissenting) (1986), 24 C.C.C. (3d) 385*

Mr. Swain appealed the judgment of the trial judge on the grounds that the trial judge erred in permitting the Crown to adduce evidence of insanity over the defence's objections, in finding the appellant not guilty by reason of insanity, and in finding that s. 542(2) of the *Code* did not violate the *Charter* (either in general or in this particular case). Furthermore, Mr. Swain appealed on the grounds that s. 542(2) was not a valid exercise of the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

The majority first dealt with the issue of the Crown's independently raising evidence of insanity. Thorson J.A. noted that a trial judge has a discretion as to whether or not to permit the Crown to introduce evidence of insanity and cited extensively from the Ontario Court of Appeal judgment in *Saxell*. The majority was of the view that the circumstances of the case at bar strongly suggested that the appellant was insane at the time of the offences. Thorson J.A. also stated that the trial judge had not erred in finding a strong *prima facie* case of aggravated assault. The majority saw no reason to disagree with the finding of the trial judge that the offences in question were of a serious nature. The majority concluded at p. 401:

To forbid the Crown to adduce psychiatric evidence, and thereby risk convicting a man who lacked the capacity to appreciate the nature and quality of his acts, would not accord with the interests of justice.

The majority went on to consider whether the trial judge had erred in finding Mr. Swain not guilty by reason of insanity and held that the appellant had been properly acquitted on the basis of insanity. Thorson J.A. stated that this Court's judgment in *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617, established that one who understands the physical character of an act but lacks the normal emotional response (as with a psychopath) still appreciates the nature and quality of the act. However, this did not mean that whenever a person knows the physical characteristics

*Cour d'appel de l'Ontario (le juge Thorson; le juge Brooke, dissident) (1986), 24 C.C.C. (3d) 385*

Monsieur Swain a interjeté appel de la décision du juge du procès, invoquant qu'il avait commis une erreur en permettant au ministère public d'introduire une preuve d'aliénation mentale, malgré les objections de la défense, en déclarant l'appellant non coupable pour cause d'aliénation mentale et en concluant que le par. 542(2) du *Code* ne violait pas la *Charte* (ni en général ni en l'espèce). En outre, M. Swain a allégué en appel que le par. 542(2) ne constituait pas un exercice valable des pouvoirs conférés par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière de droit criminel.

La majorité a tout d'abord traité de la preuve d'aliénation mentale présentée indépendamment par le ministère public. Le juge Thorson a souligné que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de permettre au ministère public de produire une preuve d'aliénation mentale et a cité de longs extraits de l'arrêt *Saxell* de la Cour d'appel de l'Ontario. D'après la majorité, les circonstances de l'espèce indiquaient clairement que l'appellant était aliéné au moment où il a commis les infractions. Le juge Thorson a ajouté que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en constatant une solide preuve *prima facie* de voies de fait graves. La majorité n'a pas jugé bon d'écarter la conclusion du juge du procès selon laquelle les infractions en cause étaient de nature grave. La cour a conclu à la majorité, à la p. 401:

[TRADUCTION] Il serait contraire aux intérêts de la justice d'interdire au ministère public de produire des preuves psychiatriques et de risquer ainsi de déclarer coupable un homme qui n'avait pas la capacité de juger la nature et la qualité de ses actes.

La majorité a ensuite examiné la question de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en déclarant M. Swain non coupable pour cause d'aliénation mentale et elle a conclu que l'appellant avait été acquitté pour ce motif avec raison. Le juge Thorson a affirmé que, dans l'arrêt *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617, notre Cour a établi que quiconque comprend le caractère matériel d'un acte mais n'a pas de réactions émotives normales (comme dans le cas d'un psychopathe), apprécie tout de même la nature et la qualité de l'acte. Toutefois, cela ne signifie pas

of an act he or she therefore appreciates the nature and quality of the act within the meaning of s. 16(2).

The majority then considered the *Charter* issues with respect to s. 542(2). Thorson J.A. stated that the impugned provision should not be viewed in isolation, but rather should be considered in light of the entire *Criminal Code* scheme dealing with insanity acquittees (hereinafter referred to as the "L.G.W. system"). The majority noted that the procedural safeguards contained in s. 32 of the *Mental Health Act* applied to the detention reviews conducted by the Advisory Review Board.

With respect to s. 7 of the *Charter*, the majority held (citing *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177) that the scheme itself could not be challenged under s. 7 if procedural fairness (an aspect of fundamental justice) is not excluded by it and can be read into the scheme. The majority was of the view that procedural fairness was not excluded by the *Criminal Code* scheme and could be read into it. Thorson J.A., at p. 410, cited a statement in *Saxell, supra*, to the effect that permissive language was used in the *Code* provisions relating to the authority of the Lieutenant Governor to make a custody or discharge order because:

It would be unseemly for Parliament to use imperative language when conferring power on a representative of the Sovereign. . . . [Emphasis deleted.]

The majority went on to note that it was not disputed that procedural fairness was accorded to Mr. Swain in the case at bar. If an individual felt that he or she had not been accorded procedural due process, the majority was of the view that he or she could seek the remedy of *certiorari* or could seek a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

With respect to s. 9 of the *Charter*, the majority held that the automatic detention provided for in

que quiconque connaît les caractéristiques matérielles d'un acte, est nécessairement en mesure de juger la nature et la qualité de l'acte au sens du par. 16(2).

<sup>a</sup> Par la suite, la majorité a étudié les questions relatives à la *Charte* au regard du par. 542(2). Le juge Thorson a déclaré qu'il ne faut pas examiner isolément la disposition attaquée, mais plutôt dans le cadre de tout le régime du *Code criminel* portant sur les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale (ci-après «le régime des mandats du lieutenant-gouverneur ou M.L.-G.»). La majorité a souligné que les protections procédurales que prévoit l'art. 32 de la *Loi sur la santé mentale* s'appliquent également aux examens de détention faits par la commission d'examen.

<sup>d</sup> Quant à l'art. 7 de la *Charte*, la majorité a conclu (invoquant *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177) que le régime en soi ne peut être contesté en vertu de l'art. 7 si l'équité procédurale (un volet des principes de justice fondamentale) n'en est pas exclue et, par interprétation large, peut être considérée faire partie de ce régime. La majorité a estimé que les règles d'équité procédurale n'étaient pas exclues du régime du *Code criminel* et que, par interprétation large, elles pouvaient être considérées en faire partie. Le juge Thorson a cité, à la page 410, une affirmation faite dans l'arrêt *Saxell*, précité, selon laquelle le pouvoir du lieutenant-gouverneur en matière d'ordonnance de garde ou de libération était exprimé comme une faculté dans les dispositions du *Code* parce que:

[TRADUCTION] Il serait inopportun que le Parlement emploie un langage impératif pour conférer des pouvoirs à un représentant du souverain. . . . [Italiques omis.]

Puis, la majorité a souligné que personne ne prétendait que M. Swain n'avait pas bénéficié des règles d'équité en matière de procédure. Si une personne croit qu'elle n'a pas bénéficié de l'application régulière des règles de procédure, elle peut, d'après la majorité, procéder par voie de *certiorari* ou demander réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

<sup>j</sup> En ce qui a trait à l'art. 9 de la *Charte*, la majorité a conclu que la détention automatique en vertu du



s. 542(2) does not amount to arbitrary detention. Thorson J.A. stated, at pp. 415-16:

In my opinion, the detention authorized by s. 542(2) is not arbitrary. Some period of time is required before an assessment can be made by the authorities of the acquittee's dangerousness and his therapeutic needs. No such assessment is made at his trial. . . .

Further, the finding of not guilty by reason of insanity raises what I accept to be a reasonable concern that the accused may remain a danger to the public and in need of further treatment. Under the statute, it is only after such a finding has been made that the State acquires the right to deprive him for the time being of his liberty in order that these matters may be properly assessed, under conditions that ensure the protection of the public.

With respect to s. 12 of the *Charter*, the majority held that s. 542(2) did not authorize indeterminate confinement because, in its view, the Lieutenant Governor was required to act "forthwith" to terminate a s. 542(2) order and substitute his or her own order for custody or discharge.

With respect to s. 15, the majority stated, at p. 422:

As was held by this Court in *Re McDonald and The Queen*, s. 15(1) of the *Charter* requires that those who are similarly situated be treated similarly. [Citations omitted.]

In the view of the majority, an insane acquittee and a person who has been acquitted *simpliciter* are not similarly situated, nor are an insane acquittee and a mentally disordered civil committee similarly situated. Furthermore the fact that the L.G.W. system may be administered differently in different provinces did not mean that s. 542(2) violated s. 15. Referring to the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Morgentaler* (1985), 22 C.C.C. (3d) 353, Thorson J.A. stated at p. 424:

par. 542(2) ne constitue pas une détention arbitraire. Le juge Thorson a déclaré ce qui suit aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] À mon avis, la détention autorisée par le par. 542(2) n'est pas arbitraire. L'évaluation par les autorités du caractère dangereux de la personne acquittée et de ses besoins en matière de traitement prend un certain temps. Aucune évaluation de ce genre n'est faite lors de son procès. . . .

En outre, la déclaration de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale soulève, à mon avis, une préoccupation raisonnable que l'accusé demeure peut-être un danger pour le public et a besoin de traitements additionnels. En vertu de la loi, ce n'est qu'après cette déclaration que l'État a le droit de le priver de sa liberté pour le moment afin de bien évaluer ces questions, dans des conditions qui permettent d'assurer la protection du public.

En ce qui concerne l'art. 12 de la *Charte*, la majorité a conclu que le par. 542(2) n'autorisait pas une détention indéterminée puisque, à son avis, le lieutenant-gouverneur était tenu d'agir «immédiatement» pour lever l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe 542(2) et y substituer sa propre ordonnance de garde ou de remise en liberté.

Quant à l'art. 15, la majorité a affirmé ce qui suit, à la page 422:

[TRADUCTION] Comme l'a décidé cette cour dans *Re McDonald and The Queen*, le par. 15(1) de la *Charte* exige que les personnes qui sont dans une situation semblable soient traitées de façon semblable. [Références omises.]

De l'avis de la majorité, la situation d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale et celle d'une personne acquittée purement et simplement ne sont pas semblables, pas plus que ne le sont la situation d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale et celle des personnes atteintes de déséquilibre mental internées à la suite de procédures civiles. De plus, le fait que le système des mandats du lieutenant-gouverneur puisse être administré différemment d'une province à l'autre ne signifie pas que le par. 542(2) contrevient à l'art. 15. Après avoir mentionné l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Morgentaler* (1985), 22 C.C.C. (3d) 353, le juge Thorson a affirmé ce qui suit, à la p. 424:

By the same token, s. 542(2) does not violate s. 15, since the subsection, of itself, does not discriminate. The alleged uneven administration of the system into which the insane acquitted is placed by virtue of s. 542(2) is not a matter to be redressed by this Court on an appeal challenging the constitutionality of the subsection.

The majority noted that, if s. 542(2) did violate any of the relevant sections of the *Charter*, the provision was a reasonable limit which could be justified under s. 1.

In determining whether s. 542(2) was *intra vires* Parliament's criminal law power, the majority noted that one must consider the purpose and object of the impugned legislation. Thorson J.A. stated, at p. 429:

The initial detention pursuant to s. 542(2) is to give the authorities the opportunity to assess the mental condition of the accused and decide on appropriate medical treatment. The detention is also based on the notion of protecting the public from someone who has committed an act which would have been a criminal act, had he not been insane when the act was committed. As in *Pattison*, the legislation in the case at bar has the twofold purpose of preventing crime and protecting the public, and is therefore, in my opinion, a valid exercise of the criminal law power under s. 91(27).

Brooke J.A. dissented from the judgment of the majority. In his view, at p. 434, following the *Code's* scheme for insanity acquitted in the case at bar was "tantamount to using the criminal process to obtain a certification which could not be obtained through the civil process because the individual's condition would not justify it".

Brooke J.A. stated that he would have found s. 542(2) inoperative with respect to Mr. Swain and would have made an order discharging the appellant on the condition that he continue with treatment. He stated at p. 436:

In my respectful view, the learned trial judge erred in refusing the motion which was brought pursuant to s. 24

[TRANSDUCTION] De la même façon, le par. 542(2) ne contrevient pas à l'art. 15 puisque ce paragraphe, en soi, ne comporte aucune discrimination. L'administration apparemment inégale du système où sont placées les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale selon le par. 542(2), ne relève pas de cette cour dans le cadre d'un appel portant sur la constitutionnalité du paragraphe en cause.

La majorité a conclu que, si le par. 542(2) contrevient à l'une des dispositions pertinentes de la *Charte*, il s'agirait d'une limite raisonnable dont la justification pourrait se démontrer en vertu de l'article premier.

Pour déterminer si le par. 542(2) est *intra vires* du Parlement en matière de droit criminel, la majorité a conclu qu'il fallait examiner le but et l'objet de la règle attaquée. Le juge Thorson a déclaré ce qui suit, à la p. 429:

[TRANSDUCTION] La première détention en vertu du par. 542(2) a pour but de donner aux autorités la possibilité d'évaluer la condition mentale de l'accusé et de décider du traitement médical qui lui convient. La détention est également fondée sur le concept de la protection du public contre celui qui a commis un acte qui serait considéré comme un acte criminel, si l'auteur n'avait pas été aliéné au moment de sa perpétration. Comme dans *Pattison*, le but de la règle attaquée en l'espèce comporte deux volets: la prévention du crime et la protection du public; elle constitue donc, à mon avis, un exercice valable du pouvoir conféré par le par. 91(27) en matière de droit criminel.

Le juge Brooke a exprimé une opinion dissidente. À son avis, à la p. 434, maintenir le régime établi par le *Code* en ce qui a trait aux personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, en l'espèce, [TRANSDUCTION] «équivalait à employer le système de justice criminelle pour obtenir une décision qu'on ne pourrait obtenir par voie civile parce que l'état de l'individu ne le justifie pas».

Le juge Brooke a affirmé qu'il aurait conclu que le par. 542(2) était inopérant en ce qui a trait à M. Swain et qu'il aurait remis l'appelant en liberté, à condition qu'il poursuive ses traitements. Il a déclaré ce qui suit, à la p. 436:

[TRANSDUCTION] Avec égards, j'estime que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a rejeté la requête

of the Charter. . . . He should have held that s. 542(2) offended the appellant's rights guaranteed by s. 7 of the Charter. To sentence the appellant to be held in strict custody until the Lieutenant Governor's pleasure was known, was to deny him his liberty in a way that did not accord with the principles of fundamental justice.

Brooke J.A. noted that the Lieutenant Governor does not hear evidence and hears no submissions from the person whose liberty is at stake. Furthermore the decision-making process takes place after the fact of incarceration. Brooke J.A. concluded from this that an insanity acquittee does not receive a fair, public hearing before losing his or her liberty.

### Issues

The following constitutional questions were stated by former Chief Justice Dickson on September 25, 1987:

1. Is s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada *intra vires* the Parliament of Canada?
2. Do the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, violate ss. 7, 9, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to question 2 is affirmative, are the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
4. Does the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada violate ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. If the answer to question 4 is affirmative, is the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

qui lui était présentée conformément à l'art. 24 de la Charte . . . Il aurait dû conclure que le par. 542(2) portait atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'art. 7 de la Charte. Ordonner que l'appelant soit tenu sous une garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu constitue une entrave à sa liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale.

Le juge Brooke a souligné que le lieutenant-gouverneur n'entend pas d'éléments de preuve, ni d'observations venant de la personne dont la liberté est en jeu. De plus, le processus décisionnel a lieu après l'incarcération. Il en a conclu que la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale ne bénéficie pas d'un procès public et équitable avant de perdre sa liberté.

### Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé, le 25 septembre 1987, les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 542(2) du *Code criminel* du Canada est-il *intra vires* du Parlement du Canada?
2. Les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Si la réponse à la 2<sup>e</sup> question est affirmative, les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
4. Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, viole-t-il les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. Si la réponse à la 4<sup>e</sup> question est affirmative, le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Analysis

Given that there are two separate constitutional challenges to s. 542(2), I will deal with constitutional questions 1, 4 and 5 following my analysis of questions 2 and 3.

1. *Does it Violate the Charter for the Crown to Raise Evidence of Insanity Over and Above the Wishes of the Accused?*

The appellant argues that the common law rule for permitting the Crown to adduce evidence of insanity over and above the accused's wishes, which was enunciated by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Simpson, supra*, and *R. v. Saxell, supra*, violates s. 7 of the *Charter*. The interveners, the Canadian Disability Rights Council et al. (hereinafter "C.D.R.C."), support the appellant in challenging the constitutionality of the common law rule under s. 15 of the *Charter*.

It should be noted that this Court has indicated, in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 592-93, that in cases where the *Charter* is generally applicable to the litigation in question (within the meaning of s. 32), the *Charter* applies to common law rules as well as to statutes and regulations. Furthermore, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645, Le Dain J. (dissenting, although not on this point) made the following statement with respect to s. 1 of the *Charter*:

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. The limit may also result from the application of a common law rule. [Emphasis added.]

Therefore, if a common law rule is inconsistent with the provisions of the Constitution, it is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect (s. 52(1)). Having said that, I will begin by considering the appellant's argument under s. 7.

Section 7

For ease of reference, I have reproduced the text of s. 7 below:

Analyse

Puisque le par. 542(2) fait l'objet de deux contestations distinctes sur le plan constitutionnel, je traiterai des questions constitutionnelles 1, 4 et 5 après avoir analysé les questions 2 et 3.

1. *La présentation d'une preuve d'aliénation mentale par le ministère public, contre le gré de l'accusé, viole-t-elle la Charte?*

L'appelant prétend que la règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Simpson* et *R. v. Saxell*, précitées, viole l'art. 7 de la *Charte*. Les intervenants, le Conseil canadien des droits des personnes handicapées (ci-après le «C.C.D.P.H.») et les autres, appuient l'appelant dans sa contestation de la constitutionnalité de la règle de common law en vertu de l'art. 15 de la *Charte*.

Il convient de souligner que notre Cour a indiqué dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 592 et 593, que, dans les cas où la *Charte* s'applique de manière générale au litige en cause (au sens de l'art. 32), elle s'applique aux règles de la common law aussi bien qu'aux lois et aux règlements. De plus, dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 645, le juge Le Dain (dissident, mais non sur ce point) a fait l'affirmation suivante relativement à l'article premier de la *Charte*:

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. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de common law. [Je souligne.]

Par conséquent, si certains éléments d'une règle de common law sont incompatibles avec les dispositions de la Constitution, ils sont alors inopérants (par. 52(1)). Cela dit, j'examinerai tout d'abord les arguments présentés par l'appelant en vertu de l'art. 7.

L'article 7

Pour plus de commodité, je reproduis ici le texte de l'art. 7:

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 order to invoke the protection of s. 7, an individual must establish an actual or potential deprivation of life, liberty or security of the person. Once a life, liberty, or security of the person interest is established, the question becomes whether the deprivation of liberty or security of the person is or is not in accordance with the principles of fundamental justice.

In my view, the liberty interest of Mr. Swain is readily apparent in the case at bar. The common law rule allows the Crown, in certain circumstances, to raise evidence of the accused's insanity over and above the wishes of the accused. If the Crown is successful in establishing that the accused is insane, within the meaning of s. 16 of the *Code*, the accused will be subject to the legislative scheme, contained in ss. 542-547 of the *Code*, which provides for warrants of the Lieutenant Governor of the province. This means that the accused will be detained in strict custody until the pleasure of the Lieutenant Governor of the province is known. Depending on the order of the Lieutenant Governor, the accused may continue to be detained indefinitely, subject to periodic reviews (where a board of review has been appointed). The details of the L.G.W. system will be discussed in greater length below. I have given this brief overview simply to illustrate that when the Crown raises the issue of insanity, the liberty of the accused is clearly imperilled. That being so, it is necessary to address the issue of whether the deprivation of liberty is in accordance with the principles of fundamental justice.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, it was stated (at pp. 503 and 513):

... 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.

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.

<sup>a</sup> Pour invoquer la protection accordée par l'art. 7, une personne doit démontrer qu'il y a atteinte, réelle ou potentielle, à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité. Une fois démontré l'intérêt à cet égard, il s'agit alors de <sup>b</sup> déterminer si l'atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne est conforme ou non aux principes de justice fondamentale.

<sup>c</sup> À mon avis, il est évident que la question de la liberté de M. Swain est en cause en l'espèce. La règle de common law permet au ministère public, dans certaines circonstances, de présenter une preuve de l'aliénation mentale de l'accusé, contre le gré de <sup>d</sup> celui-ci. Si le ministère public réussit à faire la preuve de l'aliénation mentale de l'accusé, au sens de l'art. 16 du *Code*, celui-ci sera assujéti au régime législatif, établi par les art. 542 à 547 du *Code*, qui <sup>e</sup> prévoit la délivrance de mandats par le lieutenant-gouverneur de la province. Cela signifie que l'accusé sera tenu sous une garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu. Selon l'ordonnance rendue par le lieutenant-gouverneur, l'accusé peut être détenu indéfiniment, sous <sup>f</sup> réserve d'examen périodiques (lorsqu'une commission d'examen a été nommée). Nous analyserons plus loin les caractéristiques du système des mandats du lieutenant-gouverneur. J'ai fait ce bref exposé tout <sup>g</sup> simplement pour montrer que lorsque le ministère public soulève la question de l'aliénation mentale, la liberté de l'accusé est nettement en péril. Par conséquent, il faut déterminer si l'entrave à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale. <sup>h</sup>

Dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a dit (aux pp. 503 et 513):

<sup>i</sup> ... 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. <sup>j</sup>

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

It is therefore necessary to consider whether it is inconsistent with the basic tenets of our legal system for the Crown to be able to adduce evidence of insanity over and above the wishes of the accused.

The appellant argues that it is a principle of fundamental justice that an accused person be able to participate in a meaningful way in his or her defence and to make fundamental decisions about the conduct of his or her defence—such as waiving the defence of insanity. (I pause here to note that I will use the term “defence” in the broad sense of “any answer which defeats a criminal charge”; see my reasons for judgment in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1318.) It is argued that the functioning of the adversarial system is premised on the autonomy of an accused to make fundamental decisions about his or her defence which require certain consequences and risks to be weighed. The appellant’s argument is reflected in the words of Stewart J. in *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (Calif. C.A., 1975), at p. 834:

The right to defend is personal. The defendant, and not his lawyer or the State, will bear the personal consequences of a conviction. It is the defendant, therefore, who must be free personally to decide whether in his particular case counsel is to his advantage. And although he may conduct his own defense ultimately to his own detriment, his choice must be honored out of “that respect for the individual which is the lifeblood of the law”.

This Court has, on numerous occasions, acknowledged that the basic principles underlying our legal system are built on respect for the autonomy and intrinsic value of all individuals. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503, I referred to the principles of fundamental justice 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

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 dépendra de l’analyse de la nature, des sources, de la raison d’être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l’époque en cause.

Il est donc nécessaire d’examiner si les préceptes fondamentaux de notre système juridique permettent au ministère public de présenter une preuve d’aliénation mentale, contre le gré de l’accusé.

L’appelant soutient que l’un des principes de justice fondamentale dispose que l’accusé peut participer de façon significative à sa défense et prendre des décisions fondamentales quant à la conduite de sa défense, comme celle de renoncer à la défense d’aliénation mentale. (Je m’arrête pour souligner que j’utiliserai le terme «défense» au sens large d’«argument qu’une personne peut opposer à une accusation criminelle»; voir mes motifs de jugement dans l’arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] R.C.S. 1303 à la p. 1318.) Il prétend que le fonctionnement de notre système contradictoire est fondé sur l’autonomie de l’accusé qui peut prendre des décisions fondamentales concernant sa défense, après avoir évalué certains risques et conséquences. On retrouve l’argument de l’appelant dans le jugement du juge Stewart, dans *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (Calif. C.A., 1975), à la p. 834:

[TRADUCTION] Le droit de se défendre est personnel. C’est le défendeur, et non son avocat ni l’État, qui supportera les conséquences personnelles d’une déclaration de culpabilité. C’est donc le défendeur qui doit être libre de décider s’il est avantageux d’être représenté par un avocat dans son cas. Et bien qu’il puisse mener sa propre défense, à son détriment peut-être, il faut accepter sa décision par «respect pour la personne, élément vital du droit».

Notre Cour a reconnu, à de nombreuses occasions, que les principes fondamentaux de notre système juridique sont fondés sur le respect de l’autonomie et de la valeur intrinsèque de chacun. Dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, je dis que les principes de justice fondamentale sont:

... des éléments essentiels d’un système d’administration de la justice fondé 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

rule of law” (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

Similarly, in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Wilson J. stated, at p. 171:

In my opinion, the respect for individual decision-making in matters of fundamental personal importance reflected in the American jurisprudence also informs the *Canadian Charter*. Indeed, as the Chief Justice pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, beliefs about human worth and dignity “are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*”.

This Court has also recognized the constructs of the adversarial system as a fundamental part of our legal system. In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, Sopinka J., in analyzing the doctrine of mootness, stated, at pp. 358-59:

The first rationale for the policy and practice referred to above is that a court’s competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system. The requirement of an adversarial context is a fundamental tenet of our legal system and helps guarantee that issues are well and fully argued by parties who have a stake in the outcome.

Similarly, in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 195, Sopinka J. referred to “our accusatorial and adversarial system of criminal justice”. The Ontario Court of Appeal has also acknowledged the adversarial process as an integral part of our system of justice. In *Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641, Evans J.A. stated, at p. 661:

A trial is not intended to be a scientific exploration with the presiding Judge assuming the role of a research director; it is a forum established for the purpose of providing justice for the litigants.

Professor Weiler, in “Two Models of Judicial Decision-Making” (1968), 46 *Can. Bar Rev.* 406, at p. 412, has characterized the adversarial process as follows:

An adversary process is one which satisfies, more or less, this factual description: as a prelude to the dispute

en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

De même, le juge Wilson a dit dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 171:

À mon avis, le respect du pouvoir décisionnel de l’individu dans des domaines d’importance personnelle aussi fondamentaux que traduit la jurisprudence américaine nous renseigne aussi sur la *Charte canadienne*. D’ailleurs, comme le Juge en chef le rappelle dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la foi en la valeur et en la dignité humaines «constitue [...] le fondement même de la tradition politique dans laquelle s’insère la *Charte*».

Notre Cour a également reconnu que la structure de notre système contradictoire fait partie intégrante de notre régime juridique. Dans l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, le juge Sopinka a dit, aux pp. 358 et 359, dans son analyse de la doctrine du caractère théorique:

La première raison d’être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. L’exigence du débat contradictoire est l’un des principes fondamentaux de notre système juridique et elle tend à garantir que les parties ayant un intérêt dans l’issue du litige en débattent complètement tous les aspects.

De même, dans l’arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 195, le juge Sopinka a traité de «notre système accusatoire et contradictoire de justice criminelle». La Cour d’appel de l’Ontario a également reconnu le processus contradictoire comme une partie intégrante de notre système de justice. Dans *Phillips v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641, le juge Evans a affirmé ce qui suit à la page 661:

[TRADUCTION] Le procès n’est pas censé être une exploration scientifique où le juge joue le rôle de directeur des recherches; c’est un forum créé en vue d’exercer la justice pour les parties en cause.

Dans «Two Models of Judicial Decision-Making» (1968), 46 *R. du B. can.* 406, à la p. 412, le professeur Weiler a ainsi qualifié le processus contradictoire:

[TRADUCTION] Le processus contradictoire est celui qui répond plus ou moins à cette description: en prélude

being solved, the interested parties have the opportunity of adducing evidence (or proof) and making arguments to a disinterested and impartial arbiter who decides the case on the basis of this evidence and these arguments. This is by contrast with the public processes of decision by "legitimated power" and "mediation-agreement", where the guaranteed private modes of participation are voting and negotiation respectively. Adjudication is distinctive because it guarantees to each of the parties who are affected the right to prepare for themselves the representations on the basis of which their dispute is to be resolved.

Given that the principles of fundamental justice contemplate an accusatorial and adversarial system of criminal justice which is founded on respect for the autonomy and dignity of human beings, it seems clear to me that the principles of fundamental justice must also require that an accused person have the right to control his or her own defence. The appellant has properly pointed out that an accused will not be in the position of choosing whether to raise the defence of insanity at his or her trial unless he or she is fit to stand trial. If at any time before verdict there is a question as to the accused's ability to conduct his or her defence, the trial judge may direct that the issue of fitness to stand trial be tried before matters proceed further (see *Criminal Code*, s. 543, now s. 615). Thus, an accused who has not been found unfit to stand trial must be considered capable of conducting his or her own defence.

An accused person has control over the decision of whether to have counsel, whether to testify on his or her own behalf, and what witnesses to call. This is a reflection of our society's traditional respect for individual autonomy within an adversarial system. In *R. v. Chaulk*, *supra*, I indicated that the insanity defence is best characterized as an exemption to criminal liability which is based on an incapacity for criminal intent. In my view, the decision whether or not to raise this exemption as a means of negating criminal culpability is part and parcel of the conduct of an accused's overall defence.

The question remains, does the ability of the Crown to raise evidence of insanity over and above

au règlement du litige, les parties intéressées ont la possibilité de produire des éléments de preuve et de présenter des arguments devant un arbitre impartial non intéressé qui tranche l'affaire d'après la preuve et les arguments. Ceci s'oppose au processus décisionnel public fondé sur le «pouvoir légitime» ou sur la «médiation/convention» où les modes respectifs de participation garantie sont le vote et la négociation. La décision judiciaire se distingue en ce qu'elle garantit à chaque partie touchée le droit de préparer et de présenter des observations sur lesquelles le règlement du litige sera fondé.

Puisque les principes de justice fondamentale reposent sur un système accusatoire et contradictoire de justice criminelle fondé sur le respect de l'autonomie et de la dignité humaines, il me semble évident qu'il faut également, en vertu des principes de justice fondamentale, qu'un accusé ait le droit de contrôler la conduite de sa propre défense. L'appelant a souligné avec raison qu'un accusé ne sera pas en mesure de choisir s'il doit ou non présenter un moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale lors de son procès à moins qu'il ne soit apte à subir ce procès. Si, à tout moment avant le verdict, la question de la capacité de l'accusé de conduire sa propre défense est soulevée, le juge du procès peut ordonner que cette question soit tranchée avant d'aller plus loin (voir l'art. 543 (maintenant l'art. 615) du *Code criminel*). Ainsi, l'accusé qui n'a pas été jugé incapable de subir son procès doit être considéré comme capable de conduire sa propre défense.

L'accusé décide lui-même s'il sera représenté par un avocat, s'il témoignera ou non en sa propre défense et quels témoins il citera à comparaître. Cela traduit le respect qu'a toujours eu notre société pour l'autonomie de l'individu dans un système contradictoire. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, j'ai souligné qu'il faut définir la défense d'aliénation mentale comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. À mon avis, la question de savoir s'il y a lieu ou non de soulever cette exemption pour faire obstacle à la culpabilité criminelle fait partie intégrante de la conduite générale de la défense de l'accusé.

La question demeure la suivante: le pouvoir du ministère public de présenter une preuve d'aliénation



the accused's wishes interfere with the accused's control over the conduct of his or her defence?

The mere fact that the Crown is able to raise a defence which the accused does not wish to raise, and thereby to trigger a special verdict which the accused does not wish to trigger, means that the accused has lost a degree of control over the conduct of his or her defence. In my view, this in itself is sufficient to answer the question posed above. However, the appellant has argued that an accused's control over his or her defence is threatened in a more immediate sense when the Crown is able to raise independently the issue of insanity. The appellant contends that the Crown's ability to raise insanity permits the prosecution to place an accused in a position where inconsistent defences must be advanced, discredits and undermines the accused's credibility so that other defences are prejudiced, and has a tendency to leave the jury with the impression that the accused is, because of mental illness, the "type of person" who would have committed the offence.

It is not difficult to see that the Crown's ability to raise independently the issue of insanity could very well interfere with other defences being advanced by the accused. For example, an accused who wishes to defend on the basis of alibi could very well be thwarted in this approach by the Crown's raising the inconsistent defence of insanity. It is also apparent that the Crown's ability to raise insanity could undermine an accused's credibility with the jury and could give rise to the inference that the accused is someone who would likely commit a crime. The mentally ill have historically been the subjects of abuse, neglect and discrimination in our society. The stigma of mental illness can be very damaging. The intervener, C.D.R.C., describes the historical treatment of the mentally ill as follows:

For centuries, persons with a mental disability have been systematically isolated, segregated from the mainstream of society, devalued, ridiculed, and excluded from participation in ordinary social and political processes.

mentale, contre le gré de l'accusé, entrave-t-il le contrôle de l'accusé sur la conduite de sa propre défense?

Le simple fait que le ministère public puisse soulever un moyen de défense que l'accusé n'a pas l'intention d'employer, et ainsi donner lieu à un verdict spécial que l'accusé ne désire pas, signifie que l'accusé a perdu un certain degré de contrôle sur la conduite de sa propre défense. À mon avis, cela suffit à répondre à la question déjà posée. Toutefois, l'appelant a prétendu que le contrôle de l'accusé sur sa propre défense est menacé de façon plus immédiate lorsque le ministère public peut soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale. Il soutient que ce pouvoir permet au ministère public d'obliger l'accusé à présenter des moyens de défense incompatibles, discrédite et attaque la crédibilité de l'accusé, ce qui désavantage d'autres moyens de défense, et a tendance à laisser au jury l'impression que, en raison d'une maladie mentale, l'accusé est «le genre de personne» qui aurait commis l'infraction reprochée.

Il n'est pas difficile de voir que le pouvoir du ministère public de soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale pourrait très bien empêcher l'accusé de faire valoir d'autres moyens de défense. Par exemple, le prévenu qui veut présenter une défense d'alibi peut très bien voir ses efforts contrariés si le ministère public soulève le moyen de défense incompatible d'aliénation mentale. Il est également évident que la possibilité que le ministère public soulève la question de l'aliénation mentale peut réduire la crédibilité de l'accusé face au jury et mener ce dernier à conclure qu'il est une personne susceptible de commettre un crime. De tout temps, les malades mentaux ont été l'objet d'abus, de négligence et de discrimination dans notre société. L'opprobre de la maladie mentale peut être très lourd à porter. L'intervenant le C.C.D.P.H. décrit ainsi la façon dont les malades mentaux ont été traités dans l'histoire:

[TRADUCTION] Pendant des siècles, les personnes souffrant de déficience mentale ont été systématiquement isolées, placées en marge de la société, dévalorisées, ridiculisées et exclues des processus social et politique normaux.

The above description is, in my view, unfortunately accurate and appears to stem from an irrational fear of the mentally ill in our society. While I have a very high regard for the intelligence and good faith of Canadian juries, it is nonetheless apparent that an accused's credibility could be irreversibly damaged by the Crown's raising evidence of insanity.

The Crown has argued that the right of an accused to control the conduct of his or her defence is adequately safeguarded by the exercise of judicial discretion which was contemplated in both *Simpson* and *Saxell*, *supra*. In *Saxell*, the Ontario Court of Appeal held that the Crown may adduce evidence of insanity only with leave of the trial judge, who may first require that a *voir dire* be held. The court indicated that the exercise of discretion should be based on the following factors, at pp. 188-89:

The overriding consideration is that the interest of justice demands that the accused should not be convicted of the offence charged. There must be convincing evidence that the accused has committed the act alleged. Manifestly, it would be wrong if evidence of insanity were to influence the jury's decision on that issue, either by affecting his credibility in case he testified, or by leading to the conclusion that the accused was the sort of person likely to have committed the act.

The evidence of insanity at the time of commission of the act must be sufficiently substantial, and create such a grave question whether the accused had the capacity to commit the offence, that the interests of justice require it to be adduced.

Although not expressly so stated in the reasons for judgment in *R. v. Simpson*, *supra*, I consider that in exercising his discretion whether to permit the Crown to adduce evidence of the insanity of the accused, the Judge ought to have regard to the nature and seriousness of the offence alleged to have been committed and the extent to which the accused may be a danger to the public.

I agree that it would be "manifestly" wrong if evidence of insanity were to influence the jury's decision on the issue of whether the accused committed the alleged act, but, with respect, I fail to see how the discretion of the trial judge to refuse to allow the

J'estime que cette description est malheureusement exacte; elle semble venir d'une peur irrationnelle de notre société face au malade mental. Bien que j'aie beaucoup d'estime pour l'intelligence et la bonne foi des jurés canadiens, il me semble toutefois que la crédibilité d'un accusé pourrait être irrémédiablement atteinte si le ministère public présente une preuve d'aliénation mentale.

Le ministère public prétend que le droit d'un accusé de contrôler sa défense est bien protégé par l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire qui était envisagé dans les arrêts *Simpson* et *Saxell*, précités. Dans *Saxell*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le ministère public ne peut présenter une preuve d'aliénation mentale qu'avec l'autorisation du juge du procès, qui peut d'abord exiger la tenue d'un *voir-dire*. La cour a signalé que l'exercice de ce pouvoir devrait être fondé sur les facteurs suivants, aux pp. 188 et 189:

[TRADUCTION] La considération la plus importante est que l'intérêt de la justice exige que l'accusé ne soit pas déclaré coupable de l'infraction qui lui est reprochée. Il doit y avoir des éléments de preuve convaincants que l'accusé a commis l'acte allégué. De toute évidence, il ne faudrait pas que la preuve d'aliénation mentale influence la décision du jury sur cette question, soit en attaquant sa crédibilité, s'il décide de témoigner, soit en entraînant la conclusion selon laquelle l'accusé est le genre de personne susceptible de commettre cet acte.

La preuve de l'aliénation mentale au moment de la perpétration de l'acte doit être suffisamment substantielle et soulever une question si sérieuse, à savoir si l'accusé était capable de commettre l'infraction, qu'il est dans l'intérêt de la justice de la produire.

Même si les motifs du jugement dans *R. v. Simpson*, précité, ne le précisent pas expressément, j'estime que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il doit autoriser le ministère public à produire une preuve de l'aliénation mentale de l'accusé, le juge devrait tenir compte de la nature et de la gravité de l'infraction reprochée et de la mesure dans laquelle l'accusé peut présenter un danger pour le public.

Je partage l'avis que, «de toute évidence», il ne faudrait pas que la preuve d'aliénation mentale influence la décision du jury sur la question de savoir si l'accusé a bel et bien commis l'acte reproché; mais, avec égards, je ne vois pas comment le pouvoir discrétion-

Crown to raise insanity unless there is “convincing evidence” that the accused committed the alleged act will prevent this from happening. In my opinion, while the Ontario Court of Appeal has recognized the prejudicial effect of allowing the Crown to raise evidence of insanity, it has not formulated a mechanism which adequately safeguards the right of the accused to control his or her defence.

In my view, the ability of the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused’s wishes, under the existing common law rule, does interfere with the accused’s control over the conduct of his or her defence. However, this is not to say that if an accused chooses to raise evidence which tends to put his or her mental capacity for criminal intent into question but falls short of raising the defence of insanity (within s. 16), the Crown will be unable to raise its own evidence of insanity. In circumstances where the accused’s own evidence tends to put his or her mental capacity for criminal intent into question, the Crown will be entitled to put forward its own evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on s. 16. Whether the accused’s evidence does, in fact, put mental capacity for criminal intent in issue will be a matter for the trial judge to determine in the particular circumstances of each case. The Crown’s ability to raise evidence of insanity in these circumstances is necessary because, otherwise, the jury could well be left with an incomplete picture of the accused’s mental capacity. If an accused were able to raise some evidence of mental incapacity (short of an insanity defence) and, at the same time, able to preclude the Crown from raising any evidence of insanity that it may have in its possession, the possibility would arise that the accused could be acquitted by a jury which was deprived of the “full story” surrounding the accused’s mental incapacity. Such a result is clearly undesirable. Furthermore, the Crown’s ability to raise evidence of insanity only after an accused has put his or her mental capacity for criminal intent in issue does not raise the problem, discussed above, of the Crown’s

naire du juge du procès, qui peut refuser de permettre au ministère public de soulever la question de l’aliénation mentale sauf s’il y a des «éléments de preuve convaincants» que l’accusé a commis l’acte reproché, pourra faire obstacle à cette conséquence. À mon avis, bien que la Cour d’appel de l’Ontario ait reconnu les effets néfastes que peut avoir la décision de laisser le ministère public présenter une preuve d’aliénation mentale, elle n’a pas formulé de mécanisme qui protège adéquatement le droit de l’accusé de contrôler sa défense.

Selon moi, le fait que le ministère public puisse présenter une preuve d’aliénation mentale, contre le gré de l’accusé, en vertu de la règle de common law existante, entrave effectivement le contrôle de l’accusé sur la conduite de sa défense. Cependant, cela ne veut pas dire que si un accusé choisit de présenter des éléments de preuve qui tendent à mettre en doute sa capacité mentale de former une intention criminelle, sans toutefois soulever la défense d’aliénation mentale (au sens de l’art. 16), le ministère public sera incapable de présenter sa propre preuve d’aliénation mentale. En effet, lorsque la preuve même de l’accusé tend à mettre en doute sa capacité mentale de former une intention criminelle, le ministère public aura le droit de présenter sa propre preuve d’aliénation mentale et le juge du procès sera fondé à donner des directives au jury relativement à l’art. 16. Il appartiendra au juge du procès de déterminer, dans les circonstances particulières de chaque espèce, si la preuve de l’accusé, en fait, met en cause la capacité mentale de former une intention criminelle. Il est nécessaire que le ministère public puisse présenter une preuve d’aliénation mentale dans ces circonstances parce que, si ce n’était pas le cas, le jury pourrait bien n’avoir qu’une image incomplète de la capacité mentale de l’accusé. Si l’accusé pouvait présenter certains éléments de preuve d’incapacité mentale (sans aller jusqu’à une défense d’aliénation mentale) et pouvait en même temps empêcher le ministère public de présenter tout élément de preuve d’aliénation mentale qu’elle peut avoir en sa possession, il se pourrait bien que l’accusé puisse être acquitté par un jury privé du «tableau complet» de l’incapacité mentale de l’accusé. Un tel résultat est évidemment peu souhaitable. De plus, la possibilité pour le ministère public de présenter une preuve

being able to place an accused in a position where inconsistent defences must be advanced.

Thus, although it is a principle of fundamental justice that an accused has the right to control his or her own defence, this is not an “absolute” right. If an accused chooses to conduct his or her defence in such a way that that accused’s mental capacity for criminal intent is somehow put into question, then the Crown will be entitled to “complete the picture” by raising its own evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on s. 16.

The common law rule which was enunciated in *R. v. Simpson, supra* and *R. v. Saxell, supra*, does not limit the Crown to raising insanity only in circumstances where an accused’s own defence puts his or her mental capacity for criminal intent into issue. Thus, the existing common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity over and above the wishes of the accused does violate a principle of fundamental justice.

The Crown has indicated, however, that the Crown’s ability to raise independently evidence of insanity conforms with a second principle of fundamental justice; namely, that a person who was insane at the time of the offence (and was therefore incapable of having criminal intent) ought not to be convicted under the criminal law. In other words, it is argued that the Crown must have the ability to raise evidence of insanity when the accused chooses not to do so, because it would violate the principles of fundamental justice for the accused to be convicted of a criminal offence when there is a real question about the accused’s criminal culpability (and, therefore, about the accused’s guilt).

I agree that it is a principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was insane at the time of the offence. To the extent that it is a principle protected by the *Charter*, it is one of the individual rights included in s. 7. However, this principle of fundamental justice is not

d’aliénation mentale seulement après que l’accusé a mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle ne soulève pas le problème, analysé précédemment, de la possibilité pour le ministère public de placer un accusé dans une situation où il doit avancer des moyens de défense incompatibles.

Ainsi, bien que le droit d’un accusé de contrôler sa défense soit un principe de justice fondamentale, ce droit n’est pas «absolu». Si un accusé choisit de mener sa défense de telle manière que sa capacité mentale de former une intention criminelle est d’une manière ou d’une autre mise en doute, le ministère public aura alors le droit de «compléter le tableau» en présentant sa propre preuve d’aliénation mentale et le juge du procès sera fondé à donner au jury des directives relativement à l’art. 16.

La règle de common law énoncée dans les arrêts *R. v. Simpson* et *R. v. Saxell*, précités, ne limite pas le ministère public à ne soulever l’aliénation mentale que lorsque la défense de l’accusé met en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle. Par conséquent, la règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d’aliénation mentale, contre le gré de l’accusé, contrevient bien à un principe de justice fondamentale.

Le ministère public a toutefois souligné que sa capacité de présenter indépendamment une preuve d’aliénation mentale est compatible avec un second principe de justice fondamentale, savoir qu’une personne qui était aliénée au moment de la perpétration de l’infraction (et donc incapable d’avoir une intention criminelle) ne devrait pas être déclarée coupable en droit criminel. Autrement dit, on prétend que le ministère public doit pouvoir présenter la preuve d’aliénation mentale lorsque l’accusé décide de ne pas le faire, parce qu’il serait contraire aux principes de justice fondamentale de déclarer l’accusé coupable d’une infraction criminelle lorsqu’il existe un doute véritable quant à la culpabilité criminelle de l’accusé.

Je suis d’accord qu’il relève d’un des principes de justice fondamentale de notre système de justice pénale qu’une personne qui était aliénée au moment de l’infraction ne doit pas être déclarée coupable. Dans la mesure où ce principe est protégé par la *Charte*, il fait partie des droits individuels que prévoit

triggered by the accused's claim to his s. 7 rights under the *Charter* in this case. Here, the accused has proved that his liberty was denied in a manner which does not accord with the principle of fundamental justice that an accused must have control over the conduct of his or her defence. In my view, this concludes the matter. As I indicated in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at pp. 1247-48, with respect to s. 11(b), the legal rights set out therein were enacted for the benefit of individuals. In this case, the accused chose not to invoke the principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was insane at the time of the offence. Therefore, in this case, this principle cannot be a part of the s. 7 analysis.

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused's right by attempting to bring societal interests into the principles of fundamental justice and to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter*, where the Crown has the burden of proving that the impugned law is demonstrably justified in a free and democratic society. In other words, it is my view that any balancing of societal interests against the individual right guaranteed by s. 7 should take place within the confines of s. 1 of the *Charter*. Accordingly, while I agree that it is a basic tenet of our legal system that a person who was insane at the time of the offence ought not to be convicted, I prefer to deal with this concern, in this case, under s. 1 of the *Charter*.

Thus, it is my view that the common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes is a denial of liberty which is not in accordance with the principles of fundamental justice. Accordingly, the common law rule limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter*.

l'art. 7. Cependant, en l'espèce, ce principe de justice fondamentale n'entre pas en jeu du fait que l'accusé demande la reconnaissance des droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*. L'accusé a démontré qu'il y avait eu atteinte à sa liberté d'une façon qui est incompatible avec le principe de justice fondamentale selon lequel l'accusé doit avoir le contrôle de la conduite de sa défense. À mon avis, cela règle la question. Comme je le dis dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, aux pp. 1247 et 1248, en ce qui concerne l'al. 11b), les garanties juridiques mentionnées dans cet arrêt ont été adoptées au profit des particuliers. En l'espèce, l'accusé a choisi de ne pas invoquer le principe de justice fondamentale selon lequel, dans notre système de justice criminelle, on ne déclare pas coupable une personne qui était aliénée au moment de l'infraction. Par conséquent, ce principe ne peut, en l'espèce, servir à l'analyse fondée sur l'art. 7.

Il n'est pas acceptable que l'État puisse contrecarrer l'exercice du droit de l'accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l'application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En d'autres termes, j'estime que l'évaluation des intérêts de la société par rapport au droit individuel garanti par l'art. 7 ne devrait se faire que dans le contexte de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, bien que j'admette que l'un des préceptes fondamentaux de notre système juridique soit qu'une personne aliénée au moment de l'infraction ne doit pas être déclarée coupable, je préfère traiter de cette question, en l'espèce, dans le cadre de l'examen de l'article premier de la *Charte*.

J'estime donc que la règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé constitue une entrave à la liberté, incompatible avec les principes de justice fondamentale. En conséquence, la règle de common law restreint les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte*.

Given that I have found a limitation of an accused's rights under s. 7, it will be unnecessary to consider whether the common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes also restricts the rights enunciated in ss. 9 and 15 of the *Charter*, unless the limitation on s. 7 can be upheld under s. 1. It is my view that s. 9 has no application to this issue and I note that the parties directed no argument to this section despite its inclusion in the constitutional question.

Before turning to s. 1, however, I wish to point out that because this appeal involves a *Charter* challenge to a common law, judge-made rule, the *Charter* analysis involves somewhat different considerations than would apply to a challenge to a legislative provision. For example, having found that the existing common law rule limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter*, it may not be strictly necessary to go on to consider the application of s. 1. Having come to the conclusion that the common law rule enunciated by the Ontario Court of Appeal limits an accused's right to liberty in a manner which does not accord with the principles of fundamental justice, it could, in my view, be appropriate to consider at this stage whether an alternative common law rule could be fashioned which would not be contrary to the principles of fundamental justice.

If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person's right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court's simply enunciating such a rule to take the place of the old rule, without considering whether the old rule could nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter*. Given that the common law rule was fashioned by judges and not by Parliament or a legislature, judicial deference to elected bodies is not an issue. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. Of course, if it were not possible to reformulate the common law rule so as to avoid an

Puisque j'ai conclu qu'il existe une restriction des droits que l'art. 7 reconnaît à l'accusé, il n'y aura pas lieu de déterminer si la règle de common law qui permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé restreint également les droits prévus aux art. 9 et 15 de la *Charte*, à moins que la restriction à l'art. 7 puisse être jugée acceptable par l'application de l'article premier. Je suis d'avis que l'art. 9 ne s'applique pas en l'espèce et je remarque que les parties n'ont présenté aucun argument eu égard à cet article, bien qu'il ait été inclus dans la question constitutionnelle.

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais toutefois souligner que, puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative. Par exemple, la cour ayant conclu que la règle de common law actuelle restreint les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, il n'est peut-être pas strictement nécessaire d'examiner la pertinence de l'application de l'article premier. Après avoir conclu que la règle de common law énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario restreint le droit à la liberté de l'accusé d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, j'estime qu'il conviendrait peut-être de déterminer, à ce stade-ci, s'il est possible de formuler une autre règle de common law qui ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale.

S'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n'ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l'ancienne, sans chercher à savoir si l'ancienne règle pourrait néanmoins être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. Évidemment, s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common

infringement of a constitutionally protected right or freedom, it would be necessary for the Court to consider whether the common law rule could be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. As was noted at the outset of this analysis, this Court has stated that a limit “prescribed by law” within the meaning of s. 1 may arise from the application of a common law rule as well as from a statute or regulation. Thus, I do not wish to be taken as having held that s. 1 can never have application when a common law rule is challenged under the *Charter*.

In a sense, this stage of the analysis is similar to that which would arise if the challenge to the common law rule had not been brought under the *Charter*. Had the parties chosen to approach this issue from the standpoint that the common law rule was simply contrary to basic principles of criminal law, the Court would have been in the position of considering whether the rule could be reformulated so as to remove any inconsistency with basic criminal law principles (principles of fundamental justice), while still obtaining the original objectives. In other words, it is not strictly necessary to invoke s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* in order to challenge a common law, judge-made rule on the basis of the rights and values guaranteed by the *Charter*—if a common law rule can be reformulated so as to attain its objectives while removing any inconsistency with basic principles, a judge is entitled to undertake such a reformulation and is not obliged to seek jurisdiction for this action under s. 52(1).

However, this appeal does involve a s. 52(1) challenge to the existing common law rule and, in my view, there are good reasons to go on to consider the application of s. 1 in this case, within the guidelines enunciated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The *Oakes* test provides a familiar structure through which the objectives of the common law rule can be kept in focus and alternative means of attaining these objectives can be considered. Furthermore, the constitutional questions were stated with s. 1 in mind. While this is not, in and of itself, determinative, the Court has had the benefit of considered argument

law de sorte qu’il n’y ait pas violation d’une liberté ou d’un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu’elle constitue une limite raisonnable en vertu de l’article premier de la *Charte*. Comme je l’ai souligné au début de cette analyse, notre Cour a affirmé qu’une restriction «prescrite par une règle de droit», au sens de l’article premier, peut découler de l’application tant d’une règle de common law que d’une disposition législative ou réglementaire. Or, je ne voudrais pas que l’on croie que j’ai conclu que l’article premier n’est jamais applicable lorsqu’une règle de common law est contestée en vertu de la *Charte*.

D’une certaine façon, cette étape de l’analyse ressemble à l’examen qu’aurait soulevé la contestation de la règle de common law si elle n’avait pas été fondée sur la *Charte*. Si les parties avaient allégué que la règle de common law était tout simplement contraire aux principes fondamentaux du droit criminel, la Cour aurait été en mesure d’apprécier si elle pouvait être reformulée de façon à être compatible avec les principes fondamentaux de droit criminel (principes de justice fondamentale), tout en atteignant ses objectifs originaux. En d’autres termes, il n’est pas strictement nécessaire d’invoquer le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour contester une règle de common law, formulée par les tribunaux, sur le fondement des droits et valeurs garantis par la *Charte*; si une règle de common law peut être reformulée de sorte qu’elle soit compatible avec les principes fondamentaux tout en atteignant ses objectifs, un juge a le droit de procéder à cette reformulation et il n’est pas tenu de s’autoriser du par. 52(1).

Cependant, le présent pourvoi comporte bel et bien une contestation, en vertu du par. 52(1), de la règle de common law actuelle et, à mon avis, il y a de bonnes raisons de poursuivre l’analyse de l’application de l’article premier en l’espèce, selon les lignes directrices énoncées dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le critère de l’arrêt *Oakes* offre une structure bien connue permettant de se concentrer sur les objectifs visés par la règle de common law et d’envisager d’autres façons d’atteindre ces objectifs. En outre, les questions constitutionnelles ont été formulées en fonction de l’article premier. Bien que cela ne

under s. 1 both from the immediate parties and from a number of interveners. In my view, it would be both appropriate and helpful for the Court to take advantage of these submissions in considering the objective of the existing rule and in considering whether an alternative common law rule could be fashioned which would be less intrusive to the conduct of an accused's defence. Finally, earlier in these reasons I stated that any consideration of societal interests in not convicting a person who was insane at the time of the offence ought to be left to the s. 1 analysis and ought not to be brought into the s. 7 analysis of the principles of fundamental justice. Having said this, I feel compelled to address these interests under s. 1 of the *Charter*.

For the reasons given above, I will now consider whether the existing common law rule can be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

### Section 1

Like the other rights and freedoms set out in the *Charter*, s. 7 is subject to limitations under s. 1 of the *Charter*. The procedure to be followed when the state is attempting to justify a limit on a right or freedom under s. 1 was set out by this Court in *R. v. Oakes*, *supra*:

1. The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; it must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

2. Assuming that a sufficiently important objective has been established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test; that is to say they must:

(a) be "rationally connected" to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;

soit pas déterminant en soi, la Cour a pu entendre les arguments réfléchis que les parties immédiatement concernées et un certain nombre d'intervenants ont fondés sur l'article premier. À mon avis, il serait à la fois pertinent et utile que la Cour profite de ces présentations pour apprécier l'objectif visé par la règle actuelle et déterminer s'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui serait moins envahissante au regard de la façon dont l'accusé conduit sa défense. Enfin, j'ai déjà affirmé dans les présents motifs que l'évaluation de l'intérêt que représente pour la société la décision de ne pas déclarer coupable une personne qui était aliénée au moment de l'infraction devrait relever de l'analyse de l'article premier et non des principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7. Cela dit, je me sens tenu d'étudier cet intérêt en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Pour les motifs qui précèdent, j'examinerai maintenant la question de savoir si la règle de common law actuelle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### L'article premier

Comme tous les droits et libertés garantis par la *Charte*, l'art. 7 est assujéti aux restrictions prévues à l'article premier de la *Charte*. Notre Cour a établi la procédure à suivre lorsque l'État tente de justifier, en vertu de l'article premier, une restriction apportée à un droit ou à une liberté, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité.

1. L'objectif de la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution; il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

2. S'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent respecter un critère de proportionnalité; c'est-à-dire qu'ils doivent:

a) avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et n'être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles;



(b) impair the right or freedom in question as “little as possible”; and

(c) be such that their effects on the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective.

(i) *Objective*

Given that this appeal involves a common law, judge-made rule, the task of the Court under this part of the *Oakes* test is not to construe the objective of Parliament or of a legislature, but rather to construe the overall objective of the common law rule which has been enunciated by the courts.

In my view, the objective of the common law rule which allows the Crown, in some cases, to raise evidence of insanity over and above the accused’s wishes is twofold. One of the objectives was identified by Martin J.A. in *Simpson, supra*, at p. 362:

... to avoid the conviction of an accused who may not be responsible on account of insanity, but who refuses to adduce cogent evidence that he was insane.

The common law rule is aimed not only at avoiding the unfair treatment of the accused but also at maintaining the integrity of the criminal justice system itself. The accused is not the only person who has an interest in the outcome of the trial; society itself has an interest in ensuring that the system does not incorrectly label insane people as criminals.

The second objective was aptly characterized by the appellant as the protection of the public from presently dangerous persons requiring hospitalization. This objective arises from the fact that the Crown’s option to simply discontinue the prosecution of an accused, whom it suspects was insane at the time of the offence, does not address the concern that such a person may well be presently dangerous and may therefore bring him or herself into contact with the criminal justice system once again.

In my view, the dual objectives outlined above relate to pressing and substantial concerns in our society and are of sufficient importance to warrant

b) porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question;

c) être de nature à ce que leurs effets sur la restriction des droits et libertés soient proportionnels à l’objectif.

(i) *L’objectif*

Puisque le présent pourvoi porte sur une règle de common law, formulée par les tribunaux, le rôle de la Cour, selon cette partie des critères de l’arrêt *Oakes*, n’est pas d’interpréter l’objectif du législateur, mais bien d’interpréter l’objectif général que visait la règle de common law énoncée par les tribunaux.

À mon avis, l’objectif de la règle de common law qui permet au ministère public, dans certains cas, de présenter une preuve d’aliénation mentale contre le gré de l’accusé comporte deux volets. Le juge Martin a dégagé l’un de ces objectifs dans l’arrêt *Simpson*, précité (à la p. 362):

[TRADUCTION] ... éviter que soit déclaré coupable un accusé qui n’est peut-être pas responsable de l’infraction, pour cause d’aliénation mentale, mais qui refuse de produire une preuve forte du fait qu’il était aliéné.

La règle de common law n’a pas seulement pour but d’éviter que l’accusé soit traité de façon inéquitable, mais aussi de protéger l’intégrité du système de justice criminelle. L’accusé n’est pas le seul à avoir un intérêt dans l’issue du procès; la société elle-même a intérêt à s’assurer que le système ne considère pas erronément des personnes aliénées comme des criminels.

L’appelant estime avec justesse que le second objectif est la protection du public contre des personnes dangereuses à l’heure actuelle et qui devraient être hospitalisées. Cet objectif tient au fait que la décision d’abandonner tout simplement la poursuite d’un accusé, soupçonné d’avoir été aliéné au moment de l’infraction, ne règle pas la question de l’accusé qui peut être dangereux à l’heure actuelle et qui, par conséquent, risque d’être de nouveau en contact avec le système de justice criminelle.

À mon avis, les objectifs susmentionnés se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles dans notre société et sont suffisamment importants pour

overriding a constitutionally protected right or freedom. Accordingly, I turn now to consider whether the common law rule passes the proportionality test set out in *Oakes*.

(ii) *Proportionality Test*

1. Rational Connection

The question to be addressed at this stage of the *Oakes* analysis is whether there is a rational connection between the objectives, which were identified above under the first branch of the test, and the means which have been chosen to attain these objectives—namely the common law rule allowing the Crown to raise independently evidence of insanity in certain circumstances.

Allowing the Crown to raise evidence of insanity in cases where the accused has chosen not to do so is one way of avoiding the conviction of individuals who were insane at the time the offence was committed, but who do not wish to raise the issue of insanity. While this method of achieving the first objective may raise certain problems and may not be the preferred method of achieving the objective, it is nonetheless a logical means of achieving the desired objective.

Similarly, allowing the Crown to raise insanity in cases where the accused has chosen not to do so is one way of protecting the public from people who may be presently dangerous. If the Crown is able to prove insanity, the accused will be subject to detainment and review under the L.G.W. system. While this method may again raise certain problems, it is nonetheless a logical means of achieving the second objective.

Thus, in my view, there is a rational connection between the objectives and the means chosen to attain the objectives, and the common law rule therefore passes the first part of the proportionality test in *Oakes*.

justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Par conséquent, j'examinerai maintenant la question de savoir si la règle de common law répond au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

(ii) *Le critère de proportionnalité*

b 1. Le lien rationnel

À cette étape-ci de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*, il s'agit de déterminer s'il existe un lien rationnel entre les objectifs, déjà relevés dans la première partie de l'analyse, et les mesures choisies pour les atteindre, savoir la règle de common law qui permet au ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale dans certaines circonstances.

Permettre au ministère public de produire une preuve d'aliénation mentale lorsque l'accusé a choisi de ne pas le faire est une façon d'éviter la déclaration de culpabilité de personnes qui étaient aliénées au moment où l'infraction a été commise, mais qui ne désirent pas soulever la question de l'aliénation mentale. Bien que cette façon d'atteindre le premier objectif puisse présenter certains problèmes et ne soit peut-être pas idéale, elle constitue tout de même un moyen logique d'atteindre l'objectif souhaité.

De même, permettre au ministère public de soulever l'aliénation mentale lorsque l'accusé a choisi de ne pas le faire est une façon de protéger le public contre des personnes qui sont peut-être dangereuses à l'heure actuelle. Si le ministère public fait la preuve de l'aliénation mentale, l'accusé sera soumis à une détention et à des examens comme le prévoit le système de mandats du lieutenant-gouverneur. Bien que cette méthode puisse également soulever certains problèmes, elle constitue néanmoins un moyen logique d'atteindre le second objectif.

Par conséquent, je suis d'avis, qu'il existe un lien rationnel entre les objectifs et les mesures choisies pour les atteindre; la règle de common law respecte donc la première partie du critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes*.

## 2. As Little as Possible

The question under this part of the proportionality test is whether the impugned law (in this case, the common law rule and criteria enunciated by the Ontario Court of Appeal) violates *Charter* rights as little as possible in order to achieve the “pressing and substantial” objective. In other words while the means chosen may be rationally connected to the objective, they may, at the same time, be unnecessarily intrusive on constitutional rights in light of alternative means. This Court has stated on a number of occasions that the absolutely least intrusive means need not be chosen in order for a law to pass the “as little as possible” test (see: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; and *Reference re: ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123). However, as I have indicated above, it is my view that the *Oakes* analysis requires somewhat different considerations when, as here, a judge-made rule is being challenged under the *Charter*.

In cases where legislative provisions have been challenged under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* this Court has been cognizant of the fact that such provisions are enacted by an elected body which must respond to the competing interests of different groups in society and which must always consider the polycentric aspects of any given course of action. For this reason, this Court has indicated that Parliament need not always choose the absolutely least intrusive means to attain its objectives, but must come within a range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible. However, as was indicated above, in cases where a common law, judge-made rule is challenged under the *Charter*, there is no room for judicial deference.

In my view, the existing common law rule which allows the Crown, in certain circumstances, to raise evidence of insanity over and above the accused’s wishes and which thereby interferes with the princi-

## 2. L’atteinte minimale

Dans cette partie du critère de proportionnalité, il s’agit de déterminer si la règle de droit attaquée (en l’espèce, la règle et les critères de common law énoncés par la Cour d’appel de l’Ontario) viole le moins possible les droits garantis par la *Charte* afin d’atteindre l’objectif «urgent et réel». En d’autres termes, même s’il existe un lien rationnel entre les mesures choisies et l’objectif visé, ces mesures peuvent également être inutilement attentatoires aux droits garantis par la Constitution, compte tenu des autres solutions possibles. À plusieurs reprises, notre Cour a dit qu’il n’était pas nécessaire que la mesure choisie soit celle qui est la moins envahissante pour qu’une règle de droit réponde aux critères de l’atteinte minimale aux droits ou aux libertés (voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; et *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123). Cependant, comme je l’ai déjà indiqué, j’estime que l’analyse de l’arrêt *Oakes* fait appel à des considérations quelque peu différentes lorsque, comme en l’espèce, une règle formulée par les tribunaux est contestée en vertu de la *Charte*.

Dans des affaires où des dispositions législatives sont contestées en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, notre Cour a pris en considération le fait que ces dispositions sont adoptées par un organisme élu qui doit tenir compte des intérêts conflictuels de différents groupes de la société et toujours considérer les aspects polycentriques des mesures envisagées. C’est pour cette raison que notre Cour a avancé que le législateur ne doit pas toujours adopter les mesures les moins envahissantes pour atteindre ses objectifs, mais qu’il doit choisir dans un éventail de mesures qui portent le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Cependant, comme je l’ai déjà indiqué, lorsqu’une règle de common law, formulée par les tribunaux, est contestée en vertu de la *Charte*, la retenue judiciaire n’entre pas en jeu.

À mon avis, la règle de common law actuelle qui permet au ministère public, dans certaines circonstances, de soulever une preuve d’aliénation mentale contre le gré de l’accusé et qui contrevient ainsi aux

ple of fundamental justice that an accused must have control over the conduct of his or her defence, must be subjected to a rigorous examination under s. 1. In other words, the least intrusive common law rule which will attain the objectives without disproportionately affecting rights must be adopted by the Court.

As stated above, I agree that it is a basic tenet of our legal system that the criminal law ought not to convict a person who was insane at the time of the offence. However, I do not agree that this principle and the corresponding objective require that the Crown have the ability to raise evidence of insanity over and above the accused's wishes and thereby to interfere with the conduct of his or her defence. If the Crown is of the view that the accused was insane at the time of the offence, it need not prosecute the accused. The Crown can always exercise the option of dropping the charge or of entering a stay of proceedings. Such action on the part of the Crown would be consistent both with the accused's right to control his or her own defence and with the principle that a person who was insane at the time of the offence ought not to be convicted under the criminal law.

However, the second pressing and substantial objective of protecting the public from a person who may well be presently dangerous would not be met by the Crown's dropping charges. Thus, while a rule requiring the Crown to drop charges or enter a stay of proceedings in cases where the Crown is of the view that the accused was insane at the time of the offence would be less intrusive than the existing common law rule, such an alternative rule would fall short of attaining the dual objectives identified above. Both objectives could be met, in some cases, *via* civil commitment procedures. The provincial Mental Health Acts do provide an alternative course of action to the Crown when the Crown is in possession of evidence which suggests that the accused may well be dangerously mentally ill but does not wish to pursue the conviction of the accused because he or she may well

principes de justice fondamentale selon lesquels l'accusé doit avoir plein contrôle de la conduite de sa défense, doit être étudiée rigoureusement en vertu de l'article premier. En d'autres termes, la Cour doit adopter la règle de common law la moins envahissante, celle qui permettra d'atteindre les objectifs visés sans avoir une incidence disproportionnée sur les droits en cause.

Comme je l'ai déjà souligné, j'admets que, selon l'un des préceptes fondamentaux de notre système de droit, on ne doit pas déclarer coupable, en droit criminel, une personne qui était aliénée au moment de l'infraction. Cependant, je ne crois pas que ce principe et l'objectif correspondant exigent que le ministère public puisse soulever la question de l'aliénation mentale, contre le gré de l'accusé, intervenant ainsi dans la conduite de sa défense. S'il estime que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, le ministère public n'est pas tenu de poursuivre l'accusé. Il peut toujours choisir d'abandonner l'accusation ou d'arrêter les procédures. Ce genre de décision de la part du ministère public serait compatible tant avec le droit de l'accusé de contrôler sa propre défense qu'avec le principe selon lequel une personne qui était aliénée au moment de l'infraction ne devrait pas être déclarée coupable en droit criminel.

Toutefois, l'abandon des accusations par le ministère public ne répond pas au second objectif urgent et réel qu'est la protection du public contre une personne qui est peut-être dangereuse à l'heure actuelle. Ainsi, même si une règle exigeant du ministère public qu'il abandonne les accusations ou qu'il arrête les procédures lorsqu'il est d'avis que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction serait moins envahissante que la règle de common law actuelle, cette nouvelle règle ne permettrait pas d'atteindre le double objectif déjà mentionné. Dans certains cas, les deux objectifs pourraient être réalisés par la voie des procédures civiles d'internement. Il est vrai que les lois provinciales en matière de santé mentale offrent des solutions de rechange au ministère public lorsqu'il est en possession de preuves indiquant que l'accusé souffre probablement d'aliénation mentale grave mais qu'il ne désire pas tenter des poursuites contre l'accusé parce qu'il était probablement aliéné au

have been insane at the time of the offence. Moreover, as the appellant has argued:

The provisions of the various provincial Mental Health Acts provide a plethora of substantive and procedural protection for mentally ill persons that are lacking under the indefinite detention regime of the *Criminal Code* which allows the Crown to achieve indeterminate confinement without proof beyond a reasonable doubt. [Emphasis added.]

I do not wish to be taken, however, as having ruled on the constitutionality of the various provincial Mental Health Acts. I simply wish to make the point that these provincial statutes generally provide more procedural protection than does the system of Lieutenant Governor warrants and, in that sense, they provide an alternative to the Crown when it believes that an accused was insane at the time of the offence and may be presently insane and dangerous. Whether any particular provincial statute dealing with civil commitment is consistent with the provisions of the *Charter* will have to be decided when the facts of the case raise the issue and the matter is fully argued before the Court. In any event, I have raised the possibility of the Crown having recourse to the provincial civil commitment procedures merely to point out that, no matter what the state of the common law rule, the Crown need never be in the position of having to choose between prosecuting an accused who it believes was insane at the time of the offence, and allowing someone it believes to be presently dangerous and insane to remain at large.

I do not wish to suggest, however, that it would be appropriate to fashion a new common law rule requiring the Crown to commence civil commitment proceedings whenever it believes that an accused may well have been insane at the time of the offence and is presently dangerously insane. In my view, it would be unacceptable for this Court to fashion a common law rule which makes the outcome of a criminal matter dependant upon the existence and validity of legislation presumably falling within a provincial head of power.

moment de l'infraction. En outre, comme l'appelant l'a prétendu:

[TRADUCTION] Les dispositions des différentes lois provinciales en matière de santé mentale offrent une myriade de dispositions de fond et de procédure conçues pour la protection des malades mentaux que ne prévoit pas le régime de détention indéterminée du *Code criminel*, qui permet au ministère public d'obtenir la détention d'une durée indéterminée sans preuve hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

Cependant, je ne voudrais pas que l'on conclue que j'ai statué sur la constitutionnalité des différentes lois provinciales en matière de santé mentale. J'aimerais tout simplement souligner que ces lois provinciales offrent en général plus de protection en matière de procédure que ne le fait le système des mandats du lieutenant-gouverneur et que, en ce sens, elles constituent une solution de rechange lorsque le ministère public croit qu'un accusé était aliéné au moment de l'infraction et est peut-être dangereux à l'heure actuelle. Quant à la question de savoir si une loi provinciale donnée portant sur l'internement civil est compatible avec les dispositions de la *Charte*, elle devra être tranchée lorsque les faits d'une espèce le justifieront et que la question aura fait l'objet d'un débat complet devant notre Cour. De toute façon, j'ai soulevé la possibilité que le ministère public ait recours aux procédures civiles d'internement adoptées par les provinces, dans l'unique but de souligner que, peu importe l'état de la règle de common law, le ministère public n'aura jamais à choisir entre poursuivre un accusé qui, à son avis, était aliéné au moment de l'infraction et permettre à quelqu'un qui, à son avis, est dangereux et aliéné à l'heure actuelle de demeurer en liberté.

Toutefois, je ne voudrais pas laisser entendre qu'il conviendrait de formuler une nouvelle règle de common law qui obligerait le ministère public à entreprendre des procédures civiles d'internement dès qu'il croit qu'un accusé était peut-être bien aliéné au moment de l'infraction et est dangereusement aliéné à l'heure actuelle. À mon avis, il serait inacceptable que notre Cour énonce une règle de common law qui fasse dépendre l'issue d'une instance criminelle à l'existence et à la validité de textes législatifs qui relèvent vraisemblablement de la compétence provinciale.

In light of the above reasoning, it is necessary to consider whether a new common law rule can be fashioned which does not limit constitutionally protected rights and freedoms; in my view it is possible to do so.

The dual objectives discussed above could be met without unnecessarily limiting *Charter* rights if the existing common law rule were replaced with a rule which would allow the Crown to raise independently the issue of insanity only after the trier of fact had concluded that the accused was otherwise guilty of the offence charged. Under this scheme, the issue of insanity would be tried after a verdict of guilty had been reached, but prior to a conviction being entered. If the trier of fact then subsequently found that the accused was insane at the time of the offence, the verdict of not guilty by reason of insanity would be entered. Conversely, if the trier of fact found that the accused was not insane, within the meaning of s. 16, at the time of the offence a conviction would then be entered.

Such a rule would safeguard an accused's right to control his or her defence and would achieve both the objective of avoiding the conviction of a person who was insane at the time of the offence and the objective of protecting the public from a person who may be presently dangerous. Of course, an accused would also be entitled, under this scheme, to raise his s. 7 right not to be found guilty if he was insane at the time of the offence. An accused would, if he chooses not to do so earlier, raise the issue of insanity after the trier of fact has concluded that he or she was guilty of the offence charged, but before a verdict of guilty was entered. This is consistent with the accused's right, under our criminal justice system, to force the Crown to discharge its full burden of proof on the elements of *actus reus* and *mens rea* before raising other matters. However, this does not mean that the accused can raise insanity only after both *actus reus* and *mens rea* have been proven. While the Crown would be limited to raising evidence of insanity only after the trier of fact was satisfied that the full burden of proof on *actus reus* and *mens rea* had been discharged or after the accused's own defence has somehow put his or her mental capacity

Compte tenu du raisonnement qui précède, il faut déterminer s'il est possible de formuler une nouvelle règle de common law qui ne restreigne pas les droits et libertés protégés par la Constitution; j'estime que c'est possible.

Le double objectif susmentionné pourrait être atteint sans restreindre indûment les droits garantis par la *Charte* si la règle de common law actuelle était remplacée par une règle qui permettrait au ministère public de ne soulever indépendamment la question de l'aliénation mentale qu'après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée. Sous ce régime, le tribunal pourrait juger de la question de l'aliénation mentale après avoir conclu à la culpabilité, mais avant d'inscrire la déclaration de culpabilité. Si le juge des faits concluait par la suite que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, le verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale serait inscrit. À l'inverse, si le juge des faits concluait que l'accusé n'était pas aliéné, au sens de l'art. 16, au moment de l'infraction, une déclaration de culpabilité serait inscrite.

Cette règle protégerait le droit de l'accusé de contrôler sa défense et permettrait d'atteindre tant l'objectif visant à éviter la déclaration de culpabilité d'une personne qui était aliénée au moment de l'infraction que l'objectif visant à protéger le public contre une personne qui peut être dangereuse à l'heure actuelle. Il est bien entendu qu'en vertu de ce régime, l'accusé pourrait également invoquer son droit garanti par l'art. 7 de ne pas être reconnu coupable s'il était aliéné au moment de l'infraction. L'accusé pourrait, s'il ne l'a pas déjà fait, soulever la question de l'aliénation mentale après que le juge des faits aurait conclu qu'il était coupable de l'infraction reprochée, mais avant qu'un verdict de culpabilité ne soit inscrit. Ce serait compatible avec le droit de l'accusé, en vertu de notre système de justice criminelle, d'obliger le ministère public à s'acquitter de tout son fardeau de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* avant de soulever d'autres questions. Cependant, cela ne signifie pas que l'accusé ne peut soulever la question d'aliénation mentale qu'après que l'*actus reus* et la *mens rea* ont tous deux été démontrés en preuve. Le ministère public ne pourrait soulever la preuve d'aliénation mentale qu'une fois le juge des faits con-

for criminal intent in issue, the accused would have the option of raising evidence of insanity at any time during the trial. As I have indicated in *R. v. Chaulk*, *supra*, evidence of mental impairment will, in certain cases, tend to negate the element of *mens rea*. As I have stated earlier, and I think it useful to reiterate here, if during the course of the trial an accused raises evidence of mental impairment which (in the view of the trial judge) tends to put his or her mental capacity in issue, the Crown will be entitled to lead evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on the insanity defence within the meaning of s. 16. However, if such evidence of mental impairment is, in the view of the trier of fact, insufficient to meet the requirements of s. 16, the accused is still entitled to have such evidence considered with respect to the essential element of *mens rea*. This accords with the current practice wherein an accused has been able to deny the element of planning and deliberation or the specific intent required for murder despite the fact that s. 16 has not been satisfied. This new common law rule would give an accused the option of waiting until the Crown has discharged its full burden of proof to raise the issue of insanity, without removing the existing right of an accused to raise evidence of his or her mental condition during the course of the trial.

In my view, the new common law rule achieves the dual objectives enunciated above without limiting an accused's rights under s. 7 of the *Charter*. Under the new common law rule, there will only be two instances in which the Crown will be entitled to lead evidence of insanity. First, the Crown may raise evidence of insanity after the trier of fact has concluded that the accused is otherwise guilty of the offence charged. In these circumstances the Crown's ability to raise evidence of insanity cannot interfere with the conduct of the accused's defence because the Crown's ability to do so will not be triggered until after the accused has concluded his or her defence. Second, the Crown may raise evidence of insanity if the accused's own defence has (in the view of the

vaincu que l'on s'est acquitté de tout le fardeau de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* ou après que la propre défense de l'accusé aurait d'une manière ou d'une autre mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle, tandis que l'accusé pourrait le faire en tout temps au cours du procès. Comme je l'ai dit dans *R. c. Chaulk*, précité, la preuve d'un déséquilibre mental peut, dans certains cas, écarter la *mens rea*. Comme je l'ai dit précédemment, et je crois utile de le répéter ici, si, au cours d'un procès, l'accusé présente une preuve de déséquilibre mental qui (de l'avis du juge du procès) tend à mettre sa capacité mentale en cause, le ministère public aura le droit de présenter la preuve d'aliénation mentale et le juge du procès pourra donner au jury des directives sur la défense d'aliénation mentale au sens de l'art. 16. Cependant, si, de l'avis du juge des faits, cette preuve de déficience mentale ne répond pas aux exigences de l'art. 16, l'accusé aura encore le droit de voir cette preuve examinée en rapport avec l'élément essentiel que constitue la *mens rea*. Cela serait conforme à la pratique actuelle qui permet à l'accusé de nier l'élément de préméditation ou l'intention spécifique nécessaire à l'infraction de meurtre même si les exigences de l'art. 16 n'ont pas été réunies. Cette nouvelle règle de common law donnerait à l'accusé la possibilité d'attendre que le ministère public se soit acquitté de tout son fardeau de la preuve avant de présenter la question de l'aliénation mentale, sans pour autant enlever à l'accusé le droit déjà existant de présenter la preuve de sa condition mentale au cours du procès.

À mon avis, la nouvelle règle de common law permettrait d'atteindre les objectifs susmentionnés sans restreindre les droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte*. En vertu de la nouvelle règle de common law, le ministère public ne pourra produire une preuve d'aliénation mentale que dans deux cas. Le premier survient après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction dont il est inculpé. Dans ces circonstances, le pouvoir du ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale n'interviendra pas dans la conduite de la défense de l'accusé puisque ce pouvoir n'entrera en jeu qu'après la clôture de la défense de l'accusé. Le second survient si (de l'avis du juge du procès) l'accusé a soulevé, dans sa propre défense, la ques-

trial judge) put the accused's capacity for criminal intent in issue. In these circumstances the Crown's ability to raise evidence of insanity is not inconsistent with the accused's right to control the conduct of his or her defence because the very issue has been raised by the accused's conduct of his or her defence. Furthermore, as was stated above, the Crown's ability to raise evidence of insanity only after an accused has put his or her mental capacity for criminal intent in issue does not raise the problem of the Crown's being able to place an accused in a position where inconsistent defences must be advanced.

In light of the reasons given above, it can be seen that it is indeed possible to fashion a new common law rule which does not limit s. 7 of the *Charter*. Surely, if it is possible to fashion a common law rule which attains the original objectives but does not limit s. 7, it follows that the existing rule cannot be said to infringe rights "as little as possible". Thus, it is clear to me that the existing common law rule enunciated in *R. v. Simpson, supra*, and *R. v. Saxell, supra*, which allows the Crown to raise independently evidence of insanity, does not limit an accused's s. 7 rights as little as possible. It is therefore unnecessary to consider the third part of the proportionality test in *Oakes*. The existing common law rule does not meet the proportionality test enunciated in *Oakes* and cannot be upheld as a reasonable limit which is demonstrably justified in a free and democratic society.

Given the findings reached above, it is my view that the common law rule enunciated in *Simpson, supra* and *Saxell, supra*, is inconsistent with the provisions of the Constitution and, pursuant to s. 52(1), is of no force or effect. It is, therefore, unnecessary to consider whether this rule also limits s. 15 of the *Charter*.

However, given that a new common law rule has been constructed to take the place of the rule which has just been struck down, I believe it is appropriate to consider whether the new rule would offend s. 15 of the *Charter*. The old common law rule was chal-

tion de sa capacité de former une intention criminelle. Dans ces circonstances, le pouvoir qu'a le ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale n'est pas incompatible avec le droit de l'accusé de conduire sa propre défense puisque c'est justement la conduite de la défense par l'accusé qui a soulevé cette question. En outre, comme je l'ai déjà mentionné, n'autoriser le ministère public à présenter une preuve d'aliénation mentale qu'après que l'accusé a mis en cause sa capacité mentale de former une intention criminelle évite le problème que constitue la possibilité pour le ministère public d'obliger l'accusé à présenter des moyens de défense incompatibles.

Vu les motifs qui précèdent, il appert qu'il est donc possible de formuler une nouvelle règle de common law qui ne restreigne pas l'art. 7 de la *Charte*. S'il est possible de formuler une règle de common law qui permette d'atteindre les objectifs initiaux, sans restreindre l'art. 7, il s'ensuit certainement que l'on ne peut considérer que la règle actuelle porte «le moins possible» atteinte aux droits garantis. Il m'apparaît donc évident que la règle de common law actuelle énoncée dans les arrêts *R. v. Simpson* et *R. v. Saxell*, précités, permettant au ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale ne restreint pas le moins possible les droits garantis à l'accusé par l'art. 7. Il n'y a donc pas lieu d'examiner le troisième élément du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. La règle de common law actuelle ne respecte pas le critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes* et ne constitue pas une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Compte tenu de ces conclusions, je suis d'avis que la règle de common law énoncée dans les arrêts *Simpson* et *Saxell*, précités, est incompatible avec les dispositions de la Constitution et inopérante en vertu du par. 52(1). Il n'y a donc pas lieu de déterminer si cette règle restreint également l'application de l'art. 15 de la *Charte*.

Cependant, comme une nouvelle règle de common law a été formulée pour remplacer celle qui vient à peine d'être annulée, je crois qu'il convient de déterminer si la nouvelle contreviendrait à l'art. 15 de la *Charte*. La validité de l'ancienne règle de common



lenged under s. 15, but having found that the old rule violated s. 7 of the *Charter*, could not be upheld as a reasonable limit under s. 1 and was therefore of no force or effect pursuant to s. 52(1), it was unnecessary to consider whether the old rule also violated s. 15 of the *Charter*. The same cannot be said of the new common law rule. As was mentioned above, when the constitutionality of a judge-made rule is in issue, the *Charter* analysis differs from that which is applied to a legislative provision. It is not enough to say that the newly formulated common law rule is less intrusive than the previous rule or even to say that the new common law rule does not limit s. 7 of the *Charter*. If this Court is to enunciate a new common law rule to take the place of the old rule, it is obliged to consider the status of that new rule in relation to all relevant aspects of the *Charter*. In my view, the only other provision of the *Charter* which is directly applicable to the new common law rule is s. 15. As was stated earlier, I do not think that s. 9 is applicable to the issue of the Crown raising evidence of insanity. Accordingly, I will now consider whether the new common law rule limits s. 15 of the *Charter*.

### Section 15

For ease of reference, I have reproduced the text of s. 15(1) below:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court considered the meaning and content of the s. 15(1) guarantee in considerable detail. Justice McIntyre (writing for the majority on s. 15(1), but dissenting as to the application of

law était contestée en vertu de l'art. 15. La Cour ayant conclu qu'elle contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*, qu'elle ne pouvait être maintenue à titre de limite raisonnable en vertu de l'article premier et qu'elle était donc considérée comme inopérante conformément au par. 52(1), il était inutile d'examiner si elle contrevenait également à l'art. 15 de la *Charte*. Ce n'est pas le cas de la nouvelle règle de common law. Comme je l'ai déjà mentionné, lorsque la constitutionnalité d'une règle formulée par les tribunaux est en cause, l'analyse de la *Charte* est différente de celle qui s'applique à une disposition législative. Il ne suffit pas de dire que la règle de common law nouvellement énoncée est moins envahissante que l'ancienne règle ou même de dire que la nouvelle règle de common law ne restreint pas l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Si notre Cour doit énoncer une nouvelle règle de common law en remplacement de l'ancienne, elle est tenue d'examiner la situation de cette nouvelle règle au regard de tous les aspects pertinents de la *Charte*. À mon avis, seul l'art. 15 de la *Charte* pourrait être directement applicable à la nouvelle règle de common law. Comme je l'ai déjà mentionné, je ne crois pas que l'art. 9 s'applique à la question de la production d'une preuve d'aliénation mentale par le ministère public. Par conséquent, j'examinerai maintenant la question de savoir si la nouvelle règle de common law restreint l'application de l'art. 15 de la *Charte*.

### L'article 15

Pour plus de commodité, je reproduis ici le texte du par. 15(1):

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a étudié de façon très détaillée le sens et le contenu de la garantie prévue au par. 15(1). Le juge McIntyre (au nom de la majorité au sujet du par. 15(1), mais dissident quant à

s. 1) noted that equality was a “comparative concept” and stated, at p. 164:

It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality.

McIntyre J. went on to reject the prevailing “similarly situated test” as “seriously deficient” and stated, at p. 168:

Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

McIntyre J. noted that the right to equality before and under the law, and the rights to the equal protection and benefit of the law were granted with the direction, contained in s. 15 itself, that they be “without discrimination”. He went on to describe “discrimination” as follows, at p. 174:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

This description of “discrimination” was affirmed by this Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, this Court reiterated and expanded on the approach to s. 15(1) described by McIntyre J. in *Andrews*, *supra*. Justice Wilson (writing for the Court) stated, at p. 1331:

The internal qualification in s. 15 that the differential treatment be “without discrimination” is determinative of whether or not there has been a violation of the section. It is only when one of the four equality rights has

l’application de l’article premier) a souligné que l’égalité était un «concept comparatif» et a affirmé, à la p. 164:

Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu’un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

Le juge McIntyre a ensuite rejeté le «critère de la situation analogue» alors répandu parce qu’il comportait «un grave défaut» et il a affirmé, à la p. 168:

Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu’elle vise, de même que sur ceux qu’elle exclut de son champ d’application. Les questions qui seront soulevées d’un cas à l’autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée.

Le juge McIntyre a souligné que l’art. 15 prévoit lui-même que le droit à l’égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu’il confère doivent exister «indépendamment de toute discrimination». Il a alors défini le terme «discrimination» de la façon suivante, à la p. 174:

J’affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société.

Notre Cour a confirmé cette définition de «discrimination» dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, notre Cour a repris et élargi le point de vue adopté par le juge McIntyre, dans *Andrews*, précité, à l’égard du par. 15(1). Le juge Wilson, au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit, à la p. 1331:

La réserve intrinsèque de l’art. 15 portant que la différence de traitement doit se faire «indépendamment de toute discrimination» est déterminante quant à savoir s’il y a eu violation de l’article. Ce n’est que si l’un des

been denied with discrimination that the values protected by s. 15 are threatened and the court's legitimate role as the protector of such values comes into play.

Wilson J. went on to state that in determining whether the requirement of discrimination is present in a particular case, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction, but also to the "larger social, political and legal context". Thus, in determining whether an individual or group falls into a category analogous to those specifically enumerated in s. 15, courts must examine "the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society".

Accordingly, this Court held in *Turpin, supra*, that a law which differentiated for mode of trial purposes between those persons accused of certain offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada, did not infringe s. 15(1) because the group which had invoked s. 15 did not constitute a disadvantaged group in Canadian society, in the sense that it suffered from social, political and legal disadvantage in our society. Wilson J. stated, at p. 1333:

A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case because what we are comparing is the position of those accused of the offences listed in s. 427 in the rest of Canada to the position of those accused of the offences listed in s. 427 in Alberta. To recognize the claims of the appellants under s. 15 of the *Charter* would, in my respectful view, "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question": see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344

In analyzing the developing jurisprudence of this Court on s. 15(1), I am mindful of the words of Wilson J. in *Turpin, supra*, at p. 1326:

I note at the outset that in these early days of interpreting s. 15 it would be unwise, if not foolhardy, to attempt to provide exhaustive definitions of phrases which by their nature are not susceptible of easy definition and which are intended to provide a framework for the

quatre droits à l'égalité a été violé de manière discriminatoire que les valeurs protégées par l'art. 15 sont menacées et que le rôle légitime de la cour à titre de protecteur de ces valeurs entre en jeu.

<sup>a</sup> Le juge Wilson a ensuite affirmé que pour déterminer si la question de la discrimination est pertinente dans un cas particulier, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction, mais aussi «l'ensemble des contextes social, politique et juridique». Pour déterminer si un individu ou un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15, les tribunaux doivent donc examiner «la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société».

<sup>d</sup> Par conséquent, notre Cour a conclu dans *Turpin*, précité, qu'une loi qui établissait une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées de certaines infractions en Alberta et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada, ne contrevenait pas au par. 15(1) parce que le groupe ayant invoqué l'art. 15 ne constituait pas un groupe défavorisé dans la société canadienne, au sens qu'il souffrait de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans notre société. Le juge Wilson a affirmé, à la p. 1333:

<sup>e</sup> Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle des personnes ainsi accusées en Alberta. À mon avis, faire droit aux demandes des appelants en vertu de l'art. 15 de la *Charte* serait «aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question»; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344.

<sup>f</sup> Dans l'analyse de la jurisprudence de notre Cour, relativement au par. 15(1), je tiens compte des propos du juge Wilson, dans *Turpin*, précité, à la p. 1326:

<sup>j</sup> Je fais d'abord remarquer que puisque nous en sommes aux premières interprétations de l'art. 15, nous serions mal avisés et peut-être même téméraires d'essayer de définir de manière exhaustive des expressions qui, de par leur nature même, se prêtent difficilement à une

“unremitting protection” of equality rights in the years to come.

At the same time, I think that the cases mentioned above convey a basic framework within which particular s. 15(1) claims can be analyzed. The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in “discrimination”. This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant’s s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

Keeping these basic points in mind, I turn now to consider whether the newly formulated common law rule infringes s. 15(1) of the *Charter*.

The interveners, C.D.R.C., argued that the old rule infringed s. 15(1) because it took away decision-making autonomy from one particular group of accused persons—those perceived to have been insane, within the meaning of s. 16(2) of the *Criminal Code*, at the time of the offence. C.D.R.C. argued that the old common law rule distinguished between accuseds on the basis of a personal characteristic (the enumerated ground of mental disability) and thereby imposed a burden or disadvantage on certain accused by inter-

définition et qui visent à fournir un cadre à la «protection constante» des droits à l’égalité pour les années à venir.

Aussi, j’estime que les arrêts susmentionnés offrent un cadre fondamental d’analyse des plaintes fondées sur le par. 15(1). La cour doit d’abord déterminer si le plaignant a démontré que l’un des quatre droits fondamentaux à l’égalité a été violé (i.e. l’égalité devant la loi, l’égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d’autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres. De plus, pour déterminer s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s’assurer que la plainte correspond à l’objectif général de l’art. 15, c’est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Gardant ces éléments fondamentaux à l’esprit, j’examine maintenant la question de savoir si la nouvelle règle de common law contrevient au par. 15(1) de la *Charte*.

Les intervenants, le C.C.D.P.H. et les autres, ont prétendu que l’ancienne règle contrevenait au par. 15(1) parce qu’elle enlevait toute autonomie décisionnelle à un groupe particulier d’accusés, soupçonnés d’avoir été aliénés, au sens du par. 16(2) du *Code criminel*, au moment de la perpétration de l’infraction. Le C.C.D.P.H. a prétendu que l’ancienne règle de common law faisait une distinction entre les accusés en se fondant sur une caractéristique personnelle (le motif énuméré de la déficience mentale),

fering with the conduct of their defence and by removing decision-making autonomy.

Whatever the merits of this argument, it is clear to me that the new common law rule cannot be attacked on these grounds. As I have indicated above, the new common law rule does not interfere with an accused's right to control the conduct of his or her defence. This is because the new rule allows the Crown to raise evidence of insanity only where the accused's own defence has put mental capacity for criminal intent into issue or where the accused has concluded his or her defence. Thus, the new rule cannot be said to impose a burden or disadvantage by interfering with the conduct of an accused's defence or by removing decision-making autonomy with respect to the conduct of an accused's defence. Although an accused who puts his or her mental capacity for criminal intent into issue will be exposed to the added risk of a not guilty by reason of insanity verdict by virtue of the Crown's ability to raise evidence of insanity during the trial in this circumstance, this risk flows not from a perception of mental disability by the Crown, but rather from the accused's own choice of defence. No matter how much evidence of the accused's insanity is possessed by the Crown, it cannot raise this evidence until the accused puts his or her mental capacity for criminal intent into issue (or, if the accused does not do so, until the trier of fact has concluded that the accused is otherwise guilty of the offence charged). Thus any difference in treatment of accuseds is based not on a perception of mental disability, but on the accused's choice as to the conduct of his or her defence.

It must be acknowledged, however, that part of the new common law rule does distinguish between individuals on the basis of a personal characteristic which falls within the enumerated ground of mental disability. The new common law rule allows the Crown to raise evidence of insanity after the trier of fact has

imposant ainsi un fardeau ou un désavantage à certains accusés en intervenant dans la conduite de leur défense et en leur retirant toute autonomie décisionnelle.

a

Quel que soit le bien-fondé de cet argument, j'estime qu'il est évident que la nouvelle règle de common law ne peut être attaquée pour ces motifs. Comme je l'ai déjà souligné, la nouvelle règle de common law ne contrevient pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense et ce, parce qu'elle permet au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale seulement lorsque la propre défense de l'accusé a mis en doute sa capacité mentale de former une intention criminelle ou lorsque l'accusé a terminé sa défense. On ne peut donc reprocher à la nouvelle règle d'imposer un fardeau ou un désavantage en intervenant dans la conduite de la défense d'un accusé ou en retirant toute autonomie décisionnelle à l'égard de la conduite de la défense d'un accusé. Bien qu'un accusé qui soulève la question de sa capacité mentale de former une intention criminelle s'expose au risque additionnel d'un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale en raison de la possibilité qu'a alors le ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale, ce risque ne découle pas du fait que le ministère public estime qu'il y a aliénation mentale, mais plutôt des moyens de défense que l'accusé lui-même a choisis. Quels que soient les éléments de preuve de l'aliénation mentale que le ministère public a à sa disposition, il ne peut les produire tant que l'accusé ne soulève pas lui-même la question de sa capacité mentale de former une intention criminelle (ou, si l'accusé ne le fait pas, tant que le juge des faits n'a pas conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée). Par conséquent, toute différence dans la façon dont les accusés sont traités est fondée non pas sur une perception de l'incapacité mentale, mais sur la manière que l'accusé a choisie de mener sa défense.

i

Il faut toutefois reconnaître qu'une partie de la nouvelle règle de common law fait bien une distinction entre les individus, fondée sur une caractéristique personnelle qui correspond au motif énuméré qu'est la déficience mentale. La nouvelle règle de common law permet au ministère public de présenter

concluded that the accused is otherwise guilty of the offence charged in cases where the Crown believes that the accused was insane at the time of the offence. If the Crown holds no such belief about an accused, that accused will be convicted and sentenced. It is only when the Crown believes that an accused was insane at the time of the offence that the accused will not be convicted and will instead be subject to a trial on the issue of insanity (with the Crown's being able to lead its evidence of insanity over and above the accused's wishes). Thus, in my view, it is clear that this aspect of the new common law rule draws a distinction between individuals such as Mr. Swain and others based on a personal characteristic; namely, insanity.

Furthermore, the fact that the claim involves the personal characteristic of insanity (which falls within the enumerated ground of mental disability) leaves no doubt in my mind that, if the differential treatment is "discriminatory" (which remains to be seen), the s. 15(1) claim fits within the overall purpose of remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in Canadian society. There is no question but that the mentally ill in our society have suffered from historical disadvantage, have been negatively stereotyped and are generally subject to social prejudice. However, the question remains: does this aspect of the new common law rule give rise to differential treatment under the law which is discriminatory? In other words, can it be said that part of the new common law rule imposes a differential burden, obligation or disadvantage or that it withholds or limits access to opportunities, benefits and advantages?

I stated previously that it is my view that this aspect of the new common law rule does not impose the burden or disadvantage of interfering with the conduct of an accused's defence. This part of the new common law rule distinguishes between accuseds in that it takes certain accuseds (those whom the Crown believes to have been insane at the time of the

une preuve d'aliénation mentale après que le juge des faits a conclu que l'accusé est par ailleurs coupable de l'infraction reprochée lorsque le ministère public estime que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction. Si le ministère public n'en est pas convaincu, l'accusé sera déclaré coupable et se verra infliger une peine. Ce n'est que lorsque le ministère public estime que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, que l'accusé ne sera pas reconnu coupable et qu'il devra plutôt subir un procès sur la question de l'aliénation mentale (au cours duquel le ministère public pourra produire sa preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé). J'estime donc qu'il est évident que cet aspect de la nouvelle règle de common law établit une distinction entre les personnes comme M. Swain et les autres, en se fondant sur une caractéristique personnelle, savoir, l'aliénation mentale.

En outre, le fait que la plainte porte sur la caractéristique personnelle de l'aliénation mentale (qui est visée par le motif énuméré qu'est la déficience mentale) me convainc absolument que, si le traitement différent est «discriminatoire» (ce qui n'est pas encore établi), la plainte fondée sur le par. 15(1) correspond à l'objectif général de corriger ou d'empêcher la discrimination contre des groupes victimes de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans la société canadienne. Il est indéniable que, dans notre société, les malades mentaux ont de tout temps souffert de désavantages et de stéréotypes négatifs et que, de façon générale, ils sont victimes de préjugés. Cependant, la question demeure: cet aspect de la nouvelle règle de common law donne-t-elle lieu à un traitement différent dans la loi qui soit discriminatoire? En d'autres termes, peut-on dire qu'une partie de la nouvelle règle de common law impose un fardeau, une obligation ou un désavantage différent, ou qu'elle empêche ou restreint l'accès à des possibilités, des bénéfices et des avantages?

J'ai déjà déclaré qu'à mon avis, cet aspect de la nouvelle règle de common law n'impose pas le fardeau ou le désavantage que représenterait une intervention dans la conduite de la défense de l'accusé. Cette partie de la nouvelle règle de common law fait une distinction entre les accusés en ce qu'elle retire certains accusés (ceux qui, de l'avis du ministère

offence) out of the larger group of accuseds for whom the trier of fact is satisfied (but for the question of insanity) that the Crown has discharged its full burden on *actus reus* and *mens rea*, and allows the Crown to subject those accuseds to a further "trial" on the issue of insanity. If the Crown does not exercise its ability to raise evidence of insanity at this point, the accused will be convicted and sentenced. Thus, the differential treatment flowing from this part of the new common law rule is that certain accuseds are not convicted and sentenced but, rather, are subject to a hearing on the issue of insanity in order to determine whether they too should be convicted or whether they should instead be subject to the L.G.W. system. Any further differences in treatment (i.e., between insanity acquitteds and other acquitteds) flow from the *Code* provisions which set out the L.G.W. system, not from the new common law rule. These *Code* provisions will be addressed further on in these reasons.

I cannot see how a rule which allows the Crown to move an individual from the category of those who will surely be convicted and sentenced to those who may be acquitted, albeit on the grounds of insanity, can be said to impose a burden or a disadvantage on that individual. In my view, to say otherwise is tantamount to saying that an accused has a right to be convicted and punished even though he or she does not have the mental capacity for criminal intent. This cannot be the case. As I have stated above, and think it useful to reiterate here, it is a principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was insane at the time of the offence. That this is so dispels any suggestion that an accused somehow has a right to be wrongfully convicted.

public, étaient aliénés au moment de l'infraction) du groupe d'accusés pour lesquels le juge des faits est convaincu (sauf pour la question de l'aliénation mentale) que le ministère public s'est acquitté de toute la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea* qui lui incombait, et permet au ministère public de faire subir à ces accusés un autre «procès» sur la question de l'aliénation mentale. Si le ministère public n'exerce pas son pouvoir de présenter une preuve d'aliénation mentale à ce moment-là, l'accusé sera déclaré coupable et se verra infliger une peine. Cette partie de la nouvelle règle de common law impose donc un traitement différent en ce que certains accusés sont soustraits au processus de déclaration de culpabilité et de détermination de la peine; ils sont plutôt soumis à un examen de la question de l'aliénation mentale afin de déterminer s'ils devraient être reconnus coupables eux aussi ou s'ils devraient être assujettis au système des mandats du lieutenant-gouverneur. Toute autre différence de traitement (i.e. entre les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale et les autres personnes acquittées) tiennent aux dispositions du *Code* prévoyant le système des mandats du lieutenant-gouverneur, et non à la nouvelle règle de common law. Il sera question de ces dispositions du *Code* plus loin.

Je ne vois pas comment une règle permettant au ministère public de faire passer un individu de la catégorie de personnes qui seront certainement déclarées coupables et se verront infliger une peine, au groupe de personnes qui seront peut-être acquittées, quoique pour cause d'aliénation mentale, puisse être considérée comme imposant un fardeau ou un désavantage à cet individu. À mon avis, l'opinion contraire équivaudrait à dire qu'un accusé a le droit d'être reconnu coupable et puni même s'il n'a pas la capacité mentale de former une intention criminelle. Il ne saurait en être ainsi. Comme je l'ai déjà affirmé, et j'estime qu'il est utile de le répéter, il relève d'un des principes de justice fondamentale de notre système pénale qu'une personne qui était aliénée au moment de l'infraction ne doit pas être déclarée coupable. Cela permet d'écarter toute proposition selon laquelle un accusé aurait de quelque façon un droit d'être déclaré coupable à tort.

In light of the above reasoning, it is my view that while one aspect of the new common law rule gives rise to differential treatment under the law based on a personal characteristic, it does not result in “discrimination”. Accordingly, in my view, the new common law rule does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. This view is, of course, based on the arguments and evidence before the Court in this appeal. At the hearing of this appeal, no argument was specifically directed at the new common law rule for the simple reason that the new rule was not in existence at the time of the hearing and no such rule was postulated by the parties. Accordingly, while I have felt it necessary to examine the newly formulated rule under s. 15(1) of the *Charter*, these reasons should not preclude an accused who wishes to raise different arguments and evidence from challenging the new common law rule under s. 15(1) in the future.

I pause here to note that, until the new common law rule becomes widely known, it might well be appropriate for trial judges to remind the jury that the Crown is raising insanity after a finding of guilt has been made but before a conviction is entered because this is what the law requires, not because the Crown has chosen to conduct its case in this manner. Without such a direction, a jury may perceive the Crown to be raising inconsistent theories and may believe that the Crown is raising evidence of insanity at this time for “strategic reasons”. I have a high regard for the intelligence and common sense of Canadian juries and for the ability of trial judges to explain difficult concepts of law to the jury. In my view, a clear direction from the trial judge will be sufficient to remove any confusion which may arise with respect to the new common law rule.

I also wish to point out that, throughout my reasons on this issue, I have been careful to speak of the old common law rule as limiting the s. 7 *Charter* right and as violating the Constitution only after having reached the conclusion that the limitation is not justified under s. 1 of the *Charter*. This choice of language is deliberate but does not depend on the fact that this case involves a *Charter* challenge to a common law rule as opposed to a legislative provision.

Compte tenu du raisonnement qui précède, à mon avis, bien qu'un aspect de la nouvelle règle de common law donne lieu à un traitement différent dans la loi, fondé sur une caractéristique personnelle, elle n'entraîne pas une «discrimination». J'estime donc que la nouvelle règle de common law ne contrevient pas au par. 15(1) de la *Charte*. Cette opinion est évidemment fondée sur les arguments et la preuve dont disposait la Cour dans le présent pourvoi. Aucun argument visant directement la nouvelle règle de common law n'a été présenté à l'audience pour la simple raison que la nouvelle règle n'existait pas encore et que les parties n'en avaient proposé aucune. Par conséquent, même si j'ai jugé bon d'examiner la nouvelle règle en regard du par. 15(1) de la *Charte*, les présents motifs ne sauraient empêcher un accusé de soulever d'autres arguments et éléments de preuve en vue de la contester en vertu du par. 15(1).

Je m'arrête un instant pour faire remarquer que, jusqu'à ce que la nouvelle règle de common law soit bien connue, il faudrait peut-être que les juges du procès rappellent au jury que le ministère public soulève la question de l'aliénation mentale après qu'un verdict de culpabilité a été rendu, mais avant qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite, parce que c'est ce qu'exige la loi et non parce que le ministère public a choisi de présenter sa preuve de cette façon. Sans cette directive, le jury pourrait penser que le ministère public soulève des théories incompatibles et croire qu'il présente une preuve d'aliénation mentale à ce moment précis pour des «raisons de stratégie». Je respecte beaucoup l'intelligence et le bon sens des jurés canadiens et la capacité des juges du procès de leur expliquer des concepts juridiques complexes. À mon avis, une directive claire de la part du juge du procès suffira à éliminer toute confusion que pourrait soulever la nouvelle règle de common law.

J'aimerais également souligner que, tout au long de mes motifs sur cette question, j'ai pris soin de dire que l'ancienne règle de common law restreignait le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* et ce n'est qu'après avoir conclu que la restriction n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* que j'ai dit que la règle violait la Constitution. Ce choix de terme est délibéré mais ne repose pas sur le fait que ce pourvoi porte sur la contestation, en vertu de



Whether one is speaking of a legislative provision or a common law rule it is not, in my view, correct to speak of a law violating a particular provision of the *Charter* (such as s. 7) prior to having gone through a s. 1 analysis. The *Charter* guarantees the particular rights and freedoms set out in it subject to reasonable limits which can be, under s. 1, demonstrably justified in a free and democratic society. Thus a law which limits a right set out in the *Charter* will only violate the Constitution if it is not justified under s. 1. In this instance, the law will either be struck down (to the extent of the inconsistency) under s. 52(1) or it will be reinterpreted so as not to violate the Constitution. If a law which limits a right set out in the *Charter* is justified under s. 1, that law does not violate the Constitution.

### Conclusion

In the case at bar, the accused was acquitted on the basis of insanity after the Crown raised evidence of insanity, during the trial, over and above his wishes. It is impossible to say whether Mr. Swain would have been convicted or acquitted had evidence of insanity not been raised by the Crown in this manner. In these circumstances, I would normally be of the view that a new trial is in order. However, in this case, Mr. Swain has been through the trial process, has been acquitted on account of insanity, has been detained on a warrant of the Lieutenant Governor, and has subsequently been absolutely discharged by order of the Lieutenant Governor. To order a new trial now on the basis that his constitutional rights were violated at the first trial would, in my view, be unfair. At the same time, it would be inappropriate to enter an acquittal in these circumstances. In my view, the proper disposition in these circumstances is a judicial stay of proceedings. Consequently, I would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

2. *Is s. 542(2) of the Criminal Code of Canada intra vires the Parliament of Canada?*

The appellant submits that s. 542(2) and the surrounding legislative scheme, including ss. 545 and

la *Charte*, d'une règle de common law plutôt que d'une disposition législative. Peu importe qu'il s'agisse d'une disposition législative ou d'une règle de common law, j'estime qu'il est faux d'affirmer qu'une règle de droit viole une disposition donnée de la *Charte* (comme l'art. 7) avant d'avoir procédé à l'examen de l'article premier. La *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, sous réserve de limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier. Ainsi, une règle de droit qui restreint un droit énoncé dans la *Charte* ne violera la Constitution que si elle n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Dans un tel cas, les parties incompatibles de la règle de droit seront abrogées en vertu du par. 52(1) ou reformulées de façon à ne pas violer la Constitution. Si une règle de droit qui restreint un droit énoncé dans la *Charte* est justifiée en vertu de l'article premier, elle ne viole pas la Constitution.

### Conclusion

En l'espèce, l'accusé a été acquitté pour cause d'aliénation mentale après que le ministère public eut présenté une preuve d'aliénation mentale contre son gré. On ne saura jamais si M. Swain aurait été reconnu coupable ou acquitté si le ministère public n'avait pas présenté la preuve d'aliénation mentale. Dans ces circonstances, je serais normalement d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Cependant, en l'espèce, M. Swain a déjà subi un procès; il a été acquitté pour cause d'aliénation mentale, détenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, puis libéré inconditionnellement suivant une ordonnance du lieutenant-gouverneur. J'estime qu'il serait injuste d'ordonner maintenant la tenue d'un nouveau procès en invoquant la violation de ses droits constitutionnels au cours du premier procès. De même, il serait tout aussi inapproprié d'inscrire un acquittement. À mon avis, dans ces circonstances, il convient d'arrêter les procédures. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures.

2. *Le paragraphe 542(2) du Code criminel du Canada est-il intra vires du Parlement du Canada?*

L'appellant soutient que le par. 542(2) ainsi que le régime législatif dans lequel il s'insère, notamment

547, are *ultra vires* Parliament's criminal law power. These provisions are set out above.

Whenever an issue of federalism arises, the first step in the analysis must be to characterize the "pith and substance" of the impugned legislation. In order to determine the pith and substance of any particular legislative provision, it is necessary to examine that provision in its overall legislative context. The appellant submits that the pith and substance of this legislative scheme is to treat and cure the mentally ill, not to punish them. Therefore, this Court should find that these provisions are *ultra vires* the criminal law power of Parliament under s. 91(27) and, instead, fall within the scope of the provincial powers of s. 92(7) (The Establishment, Maintenance, and Management of Hospital, Asylums. . . in and for the Province), s. 92(13) (Property and Civil Rights in the Province) and s. 92(16) (Matters of a merely local or private Nature in the Province).

I cannot agree with this characterization. In determining the "pith and substance" of the legislation, "it is necessary to identify the dominant or most important characteristic of the challenged law." (See Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 313, (emphasis added.)) It is true that the dominant characteristic of these provisions is not punishment; however, neither is it treatment. The "pith and substance" of the legislative scheme dealing with individuals acquitted by reason of insanity is the protection of society from dangerous people who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code* through the prevention of such acts in the future. While treatment may be incidentally involved in the process, it is not the dominant objective of the legislation.

A statute that includes a prohibition and a penalty and is enacted to serve a public purpose commonly recognized as being criminal in nature will fall within the scope of Parliament's criminal law power (*Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General*

les art. 545 et 547, excèdent le pouvoir du Parlement en matière de droit criminel. Le texte de ces dispositions est reproduit plus haut.

<sup>a</sup> Dans tout litige portant sur le partage des compétences en régime fédéral, la première étape de l'analyse consiste à découvrir le «caractère véritable» du texte de loi attaqué. Pour déterminer le caractère véritable d'une disposition donnée, il faut examiner cette disposition dans l'ensemble de son contexte législatif. L'appelant fait valoir que, de par son caractère véritable, le régime législatif en cause vise le traitement et la guérison des malades mentaux, non leur châtement. Notre Cour devrait donc en conclure que ces dispositions excèdent le pouvoir du Parlement en matière de droit criminel en vertu du par. 91(27) et qu'elles relèvent plutôt de la compétence provinciale en vertu du par. 92(7) (l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles [ . . . ] dans la province), du par. 92(13) (la propriété et les droits civils dans la province) et du par. 92(16) (toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province).

<sup>e</sup> Je ne puis souscrire à cette qualification. Pour déterminer le «caractère véritable» du texte législatif attaqué, [TRADUCTION] «il convient d'en identifier la caractéristique dominante ou la plus importante». (Voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 313, je souligne.) Il est vrai que la caractéristique dominante de ces dispositions n'est pas le châtement; mais ce n'est pas non plus le traitement. Le «caractère véritable» du régime législatif auquel sont assujetties les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale est la protection de la société contre les individus dangereux qui ont eu un comportement prohibé par le *Code criminel* et ce, par le biais de la prévention de tels actes dans l'avenir. Ce processus peut certes comporter accessoirement une phase de traitement, mais là n'est pas l'objectif dominant des dispositions législatives.

<sup>i</sup> La loi qui comporte une prohibition et une peine et qui vise une fin publique communément reconnue comme étant de nature criminelle relèvera du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel (*Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for*

for *Quebec*, [1951] A.C. 179). Such public purposes include public peace, order, security, health and morality (*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at p. 50).

It is true that the insanity provisions do not include a “penalty”, in that individuals acquitted by reason of insanity are not held responsible for their actions and are not punished. Nevertheless, it has long been recognized that there also exists a preventative branch of the criminal law power:

A law may be validly enacted “in relation to” the criminal law, although the law itself does not have the characteristics of a criminal law. This would be true, for example, of a law which simply repealed a criminal law. Its most important application, however, is in support of laws aimed at the prevention of crime, for example, binding over a person to keep the peace, or detaining a person who has not been able to stand trial by reason of insanity. There is no doubt that laws of this kind are valid although they depart from the traditional format of criminal law. [Emphasis added.]

Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at p. 411.

In other words, federal criminal legislation may be absolute or conditional in operation, may be punitive after the event and also preventative. . . .

[Parliament has the authority] to legislate in relation to preventive criminal law; as, for example, by binding over a person to keep the peace. Parliament’s power extends more obviously to the detention of an accused who has been acquitted on the ground of insanity at the time the offence charged was committed. [Emphasis added.]

Finkelstein, *Laskin’s Canadian Constitutional Law*, vol. 2, 5th ed., at p. 850.

This preventative aspect to the criminal law power was recognized by this Court in *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, at p. 308, by Locke J.:

*Quebec*, [1951] A.C. 179). Sont considérés comme fins publiques la paix publique, l’ordre, la sécurité, la santé et la moralité (*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, à la p. 50).

Il est vrai que les dispositions relatives à l’aliénation mentale ne sont pas assorties d’une «peine», en ce sens que les personnes acquittées en raison de leur aliénation mentale ne sont pas tenues responsables de leurs actes et ne sont pas soumises à un châtement. Il est néanmoins reconnu depuis longtemps que le pouvoir en matière de droit criminel comporte aussi un aspect préventif:

[TRADUCTION] Il est possible d’adopter valablement une loi «relative» au droit criminel même si cette loi ne possède pas en soi les caractéristiques d’une loi pénale. Ce serait le cas, par exemple, d’une loi qui ne ferait qu’abroger une loi pénale. Son domaine d’application privilégié, toutefois, est la législation visant la prévention du crime, obligeant par exemple une personne à garder la paix, ou prévoyant la détention d’une personne incapable de subir son procès pour cause d’aliénation mentale. Bien que les lois de ce type s’écloignent du droit criminel classique, leur validité ne fait aucun doute. [Je souligne.]

Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., à la p. 411.

En d’autres termes, la législation fédérale en matière criminelle peut être absolue ou conditionnelle dans son application, elle peut être punitive après le fait et préventive . . .

[Le Parlement a le pouvoir] de légiférer relativement au droit criminel préventif; en obligeant, par exemple, quelqu’un à garder la paix. Le pouvoir du Parlement s’étend de façon plus manifeste à la détention de l’accusé qui a été acquitté pour cause d’aliénation mentale au moment de la perpétration de l’infraction alléguée. [Je souligne.]

Finkelstein, *Laskin’s Canadian Constitutional Law*, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd., à la p. 850.

Cet aspect préventif du pouvoir en matière de droit criminel a été reconnu par notre Cour dans l’arrêt *Goodyear Tire and Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] R.C.S. 303. Le juge Locke y affirme, à la p. 308:

The power to legislate in relation to criminal law is not restricted, in my opinion, to defining offences and providing penalties for their commission. The power of Parliament extends to legislation designed for the prevention of crime as well as to punishing crime.

More recently, in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, this Court again approved of this preventative branch of the criminal law power in its discussion of the dangerous offender provisions, at p. 329:

It is thus important to recognize the precise nature of the penological objectives embodied in Part XXI. It is clear that the indeterminate detention is intended to serve both punitive and preventive purposes. Both are legitimate aims of the criminal sanction.

Although both of those cases recognized the preventative branch in the context of sentencing provisions, a conviction is not necessary before Parliament can legislate pursuant to this particular aspect of s. 91(27). On this point, I agree with the determination of the Alberta Court of Appeal in *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138. The court, at p. 142, was of the opinion that a conviction was not necessary for legislation to come within s. 91(27) and found that s. 101 of the *Code* which provided for the search, seizure and forfeiture of firearms if possession of such was not in the interests of safety was *intra vires* Parliament's criminal law power:

The legislation may be preventative of crime. The legislation may be preventative of death or injury as a result of shootings which are not crimes because of the insanity of the shooter. It may take a criminal trial, however, to determine that result. To say that because it may turn out that a killing or an injury is not the result of crime precludes the section from being criminal legislation, to my mind is untenable. When the object is to reduce the incidence of injury or death to the citizens of the country by the type of violence made possible by the destructive power of a firearm, it becomes clearly within the legislative competence of the Government of Canada under the head of criminal law to so enact.

[TRANSDUCTION] Le pouvoir de légiférer relativement au droit criminel n'est pas restreint, à mon avis, à la définition des infractions et à l'imposition de peines en sanctionnant la contravention. Le pouvoir du Parlement s'étend aussi bien à la prévention du crime qu'à son châ-timent.

Plus récemment, notre Cour a eu l'occasion de confirmer à nouveau cet aspect préventif du pouvoir en matière de droit criminel en examinant, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329, les dispositions relatives aux délinquants dangereux:

D'où l'importance de reconnaître la nature précise des objectifs pénologiques de la partie XXI. Il est clair que la détention pour une période indéterminée répond à des fins à la fois punitives et préventives. L'une et l'autre constituent des buts légitimes de la sanction pénale.

Bien que, dans ces deux arrêts, l'aspect préventif soit reconnu dans le contexte de dispositions sur la détermination de la peine, il n'est pas nécessaire qu'il y ait déclaration de culpabilité pour que le Parlement puisse légiférer en vertu de cet aspect particulier du par. 91(27). Sur ce point, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138. La cour y a exprimé l'avis, à la p. 142, qu'une déclaration de culpabilité n'était pas nécessaire pour que le texte législatif relève du par. 91(27). Elle a conclu que l'art. 101 du *Code* visant la perquisition, la saisie et la confiscation des armes à feu dont la possession ne serait pas souhaitable pour des motifs de sécurité était *intra vires* du Parlement en matière de droit criminel:

[TRANSDUCTION] La disposition législative peut viser à prévenir le crime. Elle peut viser à prévenir la mort ou les blessures corporelles résultant de coups de feu qui ne sont pas des crimes parce que le tireur souffrait d'aliénation mentale. Il peut toutefois être nécessaire de tenir un procès criminel pour en décider. Affirmer que l'article n'est pas de nature pénale, puisqu'il pourrait s'avérer que la mort ou les blessures ne sont pas le résultat d'actes criminels, est à mon avis insoutenable. Si l'objet d'une disposition est de réduire l'incidence des blessures ou des décès attribuables à la force destructrice d'une arme à feu, cette disposition relève clairement de la compétence législative du gouvernement du Canada de légiférer en matière de droit criminel.

While this Court in *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, at p. 146, suggested that legislation under the preventative branch of the criminal law power must relate in some way to criminal proceedings, it did not require an actual conviction before provisions aimed at prevention could be considered *intra vires* the criminal law power:

This Court's judgment in *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, upholding the validity of federal legislation authorizing the issue of prohibitory order in connection with a conviction of a combined offence, illustrates the preventive side of the federal criminal law power to make a conviction effective. It introduced a supporting sanction in connection with the prosecution of an offence. It does not, in any way, give any encouragement to federal legislation which, in a situation unrelated to any criminal proceedings, would authorize independent civil proceedings for damages and an injunction. [Emphasis added.]

Since the insanity provisions only relate to persons whose actions are proscribed by the *Criminal Code*, the required connection with criminal law is present. The system of Lieutenant Governor warrants, through the supervision of persons acquitted by reason of insanity, serves to prevent further dangerous conduct proscribed by the *Criminal Code* and thereby protects society. The protection of society is clearly one of the aims of the criminal law.

While I am aware of the potential danger of eroding provincial power if "protection of society" is characterized too broadly, I would emphasize that in this case Parliament is protecting society from individuals whose behaviour is proscribed by the *Criminal Code*. The provisions do not relate to all insane persons, but only those who, through their actions, have brought themselves within the criminal law sphere.

For this reason, I disagree with the appellant's submission that this Court's decision in *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, applies in the case at

Notre Cour a mentionné, dans l'arrêt *MacDonald c. Vapour Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, à la p. 146, qu'une mesure relevant de l'aspect préventif de la compétence en matière de droit criminel doit être reliée de quelque façon à une procédure criminelle, mais elle n'a pas statué qu'il devait y avoir, de fait, déclaration de culpabilité pour que les dispositions visant la prévention puissent être considérées comme relevant du pouvoir en matière de droit criminel:

L'arrêt de cette Cour dans *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, qui a maintenu la validité d'une loi fédérale autorisant l'émission d'une ordonnance d'interdiction à l'occasion d'une déclaration de culpabilité d'infraction relative aux coalitions, fait voir que le pouvoir fédéral en matière de droit criminel permet l'adoption de mesures préventives pour renforcer une déclaration de culpabilité. À la poursuite pour une infraction, on a joint une sanction effective. Cela ne favorise aucunement une législation fédérale qui, en l'absence de toute procédure criminelle, prévoit des procédures purement civiles en dommages-intérêts avec demande d'injonction. [Je souligne.]

Étant donné que les dispositions relatives à l'aliénation mentale ne s'appliquent qu'aux personnes dont les actes sont prohibés par le *Code criminel*, le lien requis avec le droit criminel est présent. Par le biais de la surveillance des individus acquittés pour cause d'aliénation mentale, le système des mandats du lieutenant-gouverneur vise à prévenir la répétition de comportements dangereux prohibés par le *Code criminel* et protège par conséquent la société. La protection de la société est clairement l'un des buts du droit criminel.

Tout en étant conscient du danger qu'il y a d'éroder les compétences provinciales en donnant à la notion de «protection de la société» une portée trop large, j'aimerais souligner qu'en l'espèce, le Parlement protège la société contre des individus dont le comportement est prohibé par le *Code criminel*. Ce ne sont pas tous les aliénés mentaux qui sont visés, mais seulement ceux qui, par suite de leurs actions, se voient assujettis au droit criminel.

Pour ce motif, je ne puis me rendre à l'argument de l'appelant selon lequel l'arrêt de notre Cour *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, s'applique en l'es-

bar. In *Fowler*, Martland J. writing for the Court, held that s. 33(3) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, was *ultra vires* Parliament's authority under s. 91(12) of the *British North America Act* to legislate with respect to "Sea Coast and Inland Fisheries". Subsection 33(3) prohibited the dumping of certain debris into waters believed inhabited by fish. This Court held that the Parliament could not rely on an ancillary power to effect legislation which was over-broad and which, therefore, only might relate to a subject matter of federal competence (at p. 226):

Subsection 33(3) makes no attempt to link the proscribed conduct to actual or potential harm to fisheries. It is a blanket prohibition of certain types of activity, subject to provincial jurisdiction, which does not delimit the elements of the offence so as to link the prohibition to any likely harm to fisheries. Furthermore, there was no evidence before the Court to indicate that the full range of activities caught by the subsection do, in fact, cause harm to fisheries. In my opinion, the prohibition in its broad terms is not necessarily incidental to the federal power to legislate in respect of sea coast and inland fisheries and is *ultra vires* of the federal Parliament.

In my respectful opinion, there is a strong connection between the L.G.W. provisions and the prevention of crime. As I have already mentioned, the only insane individuals who come within the scope of the provisions are those who have committed acts proscribed by the *Criminal Code*. Without supervision and treatment of these individuals, the potential for harm to other members of society is great.

I agree with the submissions of the appellant that, while the legislation does provide for supervision or confinement of individuals, it does not aim to punish them. Parliament has recognized that, as a matter of public policy, individuals suffering from legal insanity should not be held criminally responsible for their actions nor be punished. However, the fact that the criminal committal provisions are not designed to punish the individual acquitted does not incontrovert-

pèce. Dans cet arrêt, le juge Martland a conclu, au nom de la Cour, que le par. 33(3) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, excédait le pouvoir du Parlement de légiférer, en vertu du par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, à l'égard des «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur». Le paragraphe 33(3) interdisait le dépôt de certains débris dans des eaux fréquentées par le poisson. Notre Cour a jugé que le Parlement ne pouvait se fonder sur un pouvoir accessoire pour adopter des mesures législatives trop larges et qui, par conséquent, pouvaient au plus être reliées à un sujet de compétence fédérale (à la p. 226):

Le paragraphe 33(3) ne cherche pas à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages, réels ou probables, que les pêcheries pourraient subir. C'est une interdiction générale d'exercer certaines activités de compétence provinciale; ce paragraphe ne fixe pas les éléments de l'infraction de manière à établir un lien entre l'interdiction et les dommages vraisemblables aux pêcheries. De plus, aucune preuve produite devant la Cour n'indique que l'ensemble des activités visées par le paragraphe cause effectivement des dommages aux pêcheries. À mon avis, l'interdiction, dans ses termes généraux, n'est pas nécessairement accessoire au pouvoir fédéral de légiférer sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur et elle excède les pouvoirs du Parlement fédéral.

Avec égards, je suis d'avis qu'il existe une forte relation entre les dispositions relatives aux mandats du lieutenant-gouverneur et la prévention du crime. Comme je l'ai souligné précédemment, les seuls aliénés mentaux qui tombent dans le champ d'application des dispositions sont ceux qui ont commis des actes prohibés par le *Code criminel*. Laissés sans surveillance et sans traitement, ces individus peuvent présenter un grand danger pour les autres membres de la société.

Je suis d'accord avec l'appelant pour dire que, même si les mesures législatives prévoient effectivement la surveillance et la détention des individus, elles ne visent pas à les punir. Le Parlement reconnaît que, pour des raisons d'intérêt public, les personnes atteintes d'aliénation mentale au sens légal ne devraient être ni tenues criminellement responsables de leurs actions ni punies. Toutefois, le fait que les dispositions relatives au renvoi sous garde ne soient

ibly lead to the conclusion that, therefore, the object of the legislation is treatment and is outside the scope of Parliament's criminal law power.

In *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, this Court found a statutory scheme which provided for the involuntary detention of heroin addicts to be *intra vires* the Province of British Columbia, pursuant to its competence over health matters under s. 92(16). In that case, Dickson J. (as he then was) found that the detention provisions were not punitive, but were instead necessary for the treatment of these people, at pp. 132-33:

I think, on balance, however, it was open to the Court of Appeal of British Columbia to conclude, as it did, that the provisions of the impugned statute for the examination, apprehension and detention of dependent persons or patients are in no way intended to be punitive. They are provided for as ancillary to "treatment" as defined. The legislative plan is not to punish users of narcotics. It is to provide facilities and other means designed to assist in terminating or diminishing a "patient's" use of or dependency on the defined narcotic.

I do not take this statement to mean, however, that if legislation providing for involuntary detention is not punitive, it is necessarily outside the criminal sphere. It is important to note that in *Schneider*, this Court unanimously emphasized that subjects related to "health" do not exclusively come within either federal or provincial competence, at pp. 114, 142 and 132:

This conclusion must not be taken as excluding the Parliament of Canada from legislating in relation to public health, viewed as directed to protection of the national welfare. In the present case, there is no preclusive or superseding federal legislation.

. . .

In sum "health" is not a matter which is subject to specific constitutional assignment but instead is an amorphous topic which can be addressed by valid federal or

pas conçues pour punir les personnes acquittées ne mène pas inéluctablement à la conclusion que leur objet est le traitement et qu'elles excèdent la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

a

Dans l'arrêt *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, notre Cour a statué que des mesures législatives prévoyant la détention forcée des héroïnomanes étaient *intra vires* de la province de la Colombie-Britannique car elles relevaient de sa compétence en matière de santé en vertu du par. 92(16). Le juge en chef Dickson (alors juge puîné) a conclu que les dispositions imposant la détention n'étaient pas punitives, mais au contraire nécessaires au traitement des héroïnomanes, aux pp. 132 et 133:

b

c

Tout bien considéré, je crois qu'il était loisible à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de conclure, comme elle l'a fait, que les dispositions de la loi contestée relatives à l'examen, à l'arrestation et à la détention de personnes ou de patients qui souffrent de toxicomanie ne visent aucunement à être punitives. Elles sont accessoires à la «cure» définie dans la Loi. Le but de la Loi n'est pas de punir ceux qui font usage de stupéfiants. Elle vise à fournir des services et d'autres moyens permettant d'aider un «patient» à supprimer ou à réduire son usage du stupéfiant qui y est défini ou sa dépendance à son égard.

d

e

f

Ce passage ne signifie cependant pas, à mon avis, qu'une loi imposant la détention forcée mais sans intention punitive excède nécessairement le domaine criminel. Il importe de faire remarquer que dans l'arrêt *Schneider*, notre Cour a souligné à l'unanimité que les sujets reliés à la «santé» ne relèvent pas exclusivement de la compétence fédérale ou provinciale, aux pp. 114, 142 et 132:

g

h

Cette conclusion ne doit pas s'interpréter comme empêchant le Parlement du Canada d'adopter des lois sur la santé publique, qui viseraient à protéger le bien-être national. En l'espèce, il n'y a pas de loi fédérale pour l'écarter ou la remplacer.

. . .

Somme toute, la «santé» n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provin-

j

provincial legislation, depending in the circumstances of each case on the nature or scope of the health problem in question.

It is not an easy matter, I confess, to determine whether the *Heroin Treatment Act* is a valid provincial health law with what-might-be-regarded-as-punitive features or whether the pith and substance of the Act is criminal law and therefore invalid.

In conclusion, Dickson J. determined that the most important characteristic of the *Heroin Treatment Act*, S.B.C. 1978, c. 24, was the treatment aspect of the scheme, and that the coercion was simply incidental to its effectiveness. The legislative scheme in issue in the case at bar is very different from the one considered in *Schneider, supra*. In that case, it was clear even from the title of the Act that the main object of the legislation was treatment. The Act focussed on the individual heroin addicts. In contrast, the impugned provisions dealing with the criminal committal of persons acquitted by reason of insanity focus on society and the role which the criminal law plays in its protection and in the prevention of crime. While treatment or cure of the individual may be incidentally achieved, this consideration is secondary and simply a means to achieving the ends of protection and prevention.

This distinction between the objective of the L.G.W. system and the means by which it is achieved was described by Macfarlane J.A. of the British Columbia Court of Appeal in *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154, at p. 171:

The objective of the legislation is to protect society and the accused until the mental health of the latter has been restored. The objective is to be achieved by treatment of the patient in a hospital, rather than in a prison environment. [Emphasis added.]

In *R. v. Saxell, supra*, at p. 186, the Ontario Court of Appeal also recognized that while the insanity provisions may encompass treatment and cure, these elements merely constitute the means by which to

ciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas.

J'avoue qu'il n'est pas facile de déterminer si l'*Heroin Treatment Act* est une loi provinciale valide en matière de santé, qui comporte ce qu'on pourrait appeler des aspects punitifs, ou si, de par son caractère véritable, elle constitue du droit pénal et est par conséquent invalide.

Le juge Dickson a conclu que la caractéristique la plus marquante de l'*Heroin Treatment Act*, S.B.C. 1978, ch. 24, était son aspect traitement et que la coercition était simplement accessoire à son efficacité. Or, le régime législatif en cause en l'espèce est très différent de celui dont il était question dans l'arrêt *Schneider*, précité. Dans cette affaire, le titre même de la Loi indiquait que son objet principal était le traitement. Cette loi mettait l'accent sur les héroïnomanes en tant qu'individus. Par contre, les dispositions contestées relatives au renvoi sous garde des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale visent avant tout la société et la fonction de protection et de prévention qu'y remplit le droit criminel. Bien que ce régime puisse permettre accessoirement le traitement ou la participation d'un individu à une cure, il s'agit là d'une considération secondaire et d'un simple moyen pour atteindre les fins de protection et de prévention.

Cette distinction entre l'objectif du système des mandats du lieutenant-gouverneur et les moyens choisis pour l'atteindre a été énoncée en ces termes par le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154, à la p. 171:

[TRADUCTION] L'objectif de la mesure législative est la protection de la société et de l'accusé jusqu'au rétablissement de la santé mentale de ce dernier. Le moyen choisi pour l'atteindre est le traitement du patient dans un hôpital, plutôt que dans un environnement carcéral. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. v. Saxell*, précité, à la p. 186, la Cour d'appel de l'Ontario a également reconnu que si les dispositions relatives à l'aliénation mentale peuvent comporter des éléments de traitement et de cure,



achieve the end of public protection. Society will be safer for every individual cured:

But these provisions of the *Code* are not designed to punish the accused; they are for the protection of the public and the treatment of the accused. Manifestly, the public is best protected by the cure of the accused. Indeed, the original statute from which ss. 542 and 545 were derived recited that "it may be dangerous to permit persons so acquitted to go at large...": the *Criminal Lunatics Act*, 1800 (U.K.), c. 94.

As our understanding of mental illness has grown through the years, providing treatment for persons held under L.G.W. has come to be accepted, indeed expected, for both humanitarian and pragmatic reasons. However, this treatment is not prescribed by the impugned provisions; rather, it constitutes the means to achieving their end, the protection of society.

The *Criminal Code* provisions do not speak directly of the administration of medical treatment. They simply stipulate the procedures for a criminal committal, procedures designed to protect society, not to treat the individual. Parliament has developed a scheme by which to protect society through the neutralization of potentially dangerous persons who have brought themselves within the criminal sphere by committing acts proscribed by the criminal law. The removal of these persons from society, in the interest of protecting society, flows from the federal power. For humanitarian reasons, Parliament has determined that these individuals will be transferred into the hands of the provincial authorities for treatment. However, the impugned provisions themselves deal primarily with the removal of these people from society and only relate to treatment in a secondary, ancillary way. Rather than prescribing "treatment", the provisions provide for an alternative to simple incarceration, based on a humanitarian concern for persons acquitted by reason of insanity.

The actual wording of the *Code* provisions reveals that their focus is on societal interests. For example, the entire section of the *Criminal Code* dealing with

ces éléments ne sont que le moyen d'atteindre le but de la protection publique. Chaque guérison contribuera à accroître la sécurité de la société:

[TRANSDUCTION] Mais ces dispositions du *Code* ne visent pas à punir les accusés; elles visent la protection du public et le traitement des accusés. Manifestement, le public est mieux protégé par le traitement des accusés. De fait, la loi initiale dont dérivent les articles 542 et 545 disposait qu'«il peut être dangereux de permettre aux personnes ainsi acquittées de recouvrer leur liberté...»: *Criminal Lunatics Act*, 1800 (R.-U.), ch. 94.

Notre compréhension de la maladie mentale s'étant approfondie avec les années, on en est venu, pour des motifs à la fois humanitaires et pragmatiques, à accepter et même à préconiser le traitement des personnes détenues sous le système des mandats du lieutenant-gouverneur. Ce traitement, toutefois, n'est pas prescrit par les dispositions contestées; il ne constitue que le moyen d'atteindre les fins visées, soit la protection de la société.

Les dispositions du *Code criminel* ne prévoient pas directement l'administration d'un traitement médical. Elles énoncent simplement la procédure à suivre aux fins du renvoi sous garde, procédure visant la protection de la société et non le traitement de l'individu. Le Parlement a mis en œuvre un système de protection de la société par le biais de la neutralisation des personnes potentiellement dangereuses qui, par suite des actes prohibés qu'elles ont commis, ont été assujetties au droit criminel. Le retrait de ces personnes de la société, au nom de la protection collective, découle de la compétence fédérale. Pour des motifs humanitaires, le Parlement a décidé que ces individus seraient remis aux autorités provinciales, à des fins de traitement. En soi, cependant, les dispositions contestées visent avant tout le retrait de ces personnes de la société et ne sont reliées au traitement que d'une manière secondaire, accessoire. Au lieu de prescrire un «traitement», les dispositions fournissent aux personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale une solution de rechange à la simple incarcération, fondée sur des préoccupations d'ordre humanitaire.

Le libellé même des dispositions du *Code* révèle que ce sont les intérêts de la société qui en sont l'axe principal. Par exemple, tout l'article du *Code crimi-*

the detention of insanity acquittees is entitled "Supervision of Insane Persons", not "Treatment of Insane Persons". The statutory powers of the Lieutenant Governor provided for in s. 545(1) of the *Code* are limited to ordering either the custody or release of the individual and do not extend to specific aspects of treatment. The Lieutenant Governor may order a discharge, either absolute or with conditions, "... if in his opinion it would be in the best interest of the accused and not contrary to the interest of the public". (Emphasis added.)

Similarly, before an individual held under these provisions can be released, the Board of Review must consider, "... whether, in the opinion of the board, that person has recovered and, if so, whether in its opinion it is in the interest of the public and of that person for the lieutenant governor to order that he be discharged absolutely or subject to such conditions" (s. 547(5)(d), emphasis added.). The definition of "recovered" was considered by the Federal Court in *Lingley v. New Brunswick Board of Review* (1973), 13 C.C.C. (2d) 303, at p. 308, and clearly found to encompass societal interests:

It is clear from a reading of ss. 545 and 547 that the public interest and the interest of an accused himself were of paramount importance in the minds of Parliament when these sections were passed. I am satisfied from a reading of s. 547(5)(d) that, in addressing itself to the question of whether an accused has recovered, the Board is entitled to interpret "recovery" as full recovery and to find that if an accused can no longer be said to be legally insane as defined in s. 16, he is, nevertheless, "not recovered" in a case like this where there is strong evidence of continuing psychopathic disorders which would render the accused "dangerous" to members of the public were he to be released.

The provisions providing for confinement and the criteria for the decision to release or not, therefore, do not focus on treatment as much as on the protection of society. Of course Parliament is sympathetic to persons suffering from psychological illnesses and it will not hold them responsible for their actions or punish them. However, it is not Parliament's respon-

*nel* qui traite de la détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale est intitulé: «Surveillance des aliénés», et non «Traitement des aliénés». Les pouvoirs qui sont conférés au lieutenant-gouverneur par le par. 545(1) du *Code* se limitent à ordonner soit la garde, soit la mise en liberté de l'individu et ne s'étendent pas à des aspects précis du traitement. Le lieutenant-gouverneur peut ordonner la libération, soit inconditionnellement soit avec conditions, «... s'il est d'avis que la mesure est dans l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public». (Je souligne.)

De même, avant qu'un individu détenu en application de ces dispositions puisse être remis en liberté, la commission d'examen doit déterminer «... si, de l'avis de la commission, cette personne est rétablie et, dans l'affirmative, si à son avis, il est dans l'intérêt du public et dans l'intérêt de cette personne que le lieutenant-gouverneur ordonne qu'elle soit libérée absolument ou sous réserve des conditions» (al. 547(5)d). (Je souligne.) La Cour fédérale a examiné la définition du mot «rétablie» dans l'affaire *Lingley c. Commission d'examen du Nouveau-Brunswick*, [1973] C.F. 861. Elle a clairement dit, aux pp. 866 et 867, que ce terme englobait les intérêts de la société:

Il ressort clairement à la lecture des articles 545 et 547 que l'intérêt public et l'intérêt de l'accusé lui-même étaient d'importance primordiale dans l'esprit du législateur quand il a adopté ces articles. La lecture de l'article 547(5)d me convainc qu'en se posant la question de savoir si un accusé est rétabli, la Commission est fondée à interpréter le «rétablissement» comme étant le rétablissement total et à décider que si l'on ne peut plus dire qu'un accusé est aliéné mental d'un point de vue légal, selon la définition de l'article 16, il n'est néanmoins «pas rétabli» dans un cas comme celui-ci, où des preuves solides démontrent que l'accusé souffre de désordres psychopathiques qui le rendraient «dangereux» pour le public si on le libérait.

Les dispositions prévoyant la réclusion, ainsi que les critères devant servir à déterminer s'il doit y avoir remise en liberté ou non, s'attachent donc moins au traitement qu'à la protection de la société. Le Parlement fait bien sûr preuve de compassion envers les personnes souffrant de maladies psychologiques et il ne les tiendra pas responsables de leurs actes pas plus

sibility to treat these people; Parliament must concern itself with the consequences for society if these individuals are released while dangerous. The fact that the *Code* provisions themselves do not focus on treatment is not callousness on the part of Parliament, but simply a recognition of the responsibilities and priorities assigned to it by the division of powers provisions in the Constitution.

It should be noted that while "treatment" in a narrow sense falls under provincial heads of power, Parliament may have competence over certain subjects which may appear to be "treatment" in certain aspects. For example, no one disputes that criminal law sentencing may deal with considerations of rehabilitation. The criminal law power authorizes Parliament to provide for conditional discharges just as well as unconditional discharges, even though some of the conditions may involve a treatment program. If Parliament chooses to respond to conduct proscribed by the *Criminal Code* in a manner more sensitive to rehabilitation concerns, it does not thereby lose its legislative competence.

For example, this Court found in *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702, that the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1952, c. 160, was *intra vires* Parliament's criminal law power. In that case, it was argued that the Act, which provided an alternative system under which to deal with children committing acts which—but for their age—would constitute crimes under the *Criminal Code*, was *ultra vires* Parliament because it related to the welfare of children. While recognizing an incidental effect on the provincial subject area of welfare of children, this Court nevertheless found the Act related primarily to criminal law (at pp. 710 and 712-13):

Briefly, and in scope, the Act deals with *juvenile delinquency* in its relation to crime and crime prevention, a human, social and living problem of public interest, in the constituent elements, alleviation and solution of which jurisdictional distinctions of constitutional order

qu'il ne les punira. Cependant, ce n'est pas au Parlement qu'il appartient de les traiter; son attention doit plutôt se porter sur les conséquences que pourrait avoir sur la société la libération d'individus dangereux. Que les dispositions mêmes du *Code* ne soient pas axées sur le traitement ne témoigne pas d'un manque de sensibilité de la part du Parlement, mais simplement de la reconnaissance des responsabilités et des priorités qui lui sont attribuées par les dispositions de la Constitution sur le partage des pouvoirs.

Notons que, même si le «traitement» au sens étroit relève des pouvoirs attribués aux provinces, le Parlement peut avoir compétence sur des sujets qui, par certains aspects, s'apparentent à des formes de «traitement». Ainsi, personne ne conteste que la condamnation à une peine peut toucher à la question de la réinsertion. Le pouvoir que le Parlement possède en matière de droit criminel l'autorise en effet à accorder aussi bien la libération inconditionnelle que la libération sous condition, encore que certaines de ces conditions puissent inclure un programme de traitement. Si le Parlement choisit de répondre à une conduite prohibée par le *Code criminel* en se préoccupant davantage de la réinsertion, il ne perd pas de ce fait sa compétence législative.

À titre d'exemple, notre Cour a conclu dans l'arrêt *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] R.C.S. 702, que la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1952, ch. 160, était *intra vires* du Parlement en matière de droit criminel. Dans cette affaire, on a fait valoir que la Loi, qui prévoyait la mise en place d'un système de rechange pour les enfants ayant commis des actes qui—n'eût été leur âge—auraient constitué des crimes en vertu du *Code criminel*, était *ultra vires* du Parlement parce qu'elle traitait du bien-être des enfants. Bien que reconnaissant l'effet accessoire de cette loi sur la compétence provinciale en matière de bien-être des enfants, notre Cour a néanmoins conclu qu'elle se rapportait principalement au droit criminel (aux pp. 710, 712 et 713):

[TRADUCTION] En bref, et dans son ensemble, l'objet de la Loi est la *délinquance juvénile* dans ses rapports avec le crime et la prévention du crime, un problème courant d'intérêt public, à la fois humain et social, dont l'aspect de partage des compétences sur le plan constitutionnel,

are obviously and genuinely deemed by Parliament, to be of no moment.

. . .

Obviously, one can say that the Act gives a special kind of protection to misguided children and that it should incidentally operate to ultimately enhance their welfare.

. . .

[The judge must consider the] . . . child's interest or own good, the community's best interest and the proper administration of justice. This, I think, qualifies the nature of the protection which the Act is meant to give to juveniles alleged or found to be delinquents and supports the proposition that the Act is not legislation in relation to protection and welfare of children within the meaning envisaged in the *Adoption Act* case, *supra*. . . [It] is genuine legislation in relation to criminal law in its comprehensive sense.

Parliament's sensitivity to individual rights also expands its competence to legislate with respect to procedures for review of the Lieutenant Governor warrants. Although the protection of society rationale may not fully authorize such provisions, Parliament surely may balance individual rights against the interests of protecting society and provide for some system of review. As the individual becomes less of a threat to society, the criminal law progressively loses authority and the coercive aspects of the warrant are loosened until a point is reached at which the individual is free from any supervision provided under the *Criminal Code*.

3. *Does the Automatic Detention of a Person Found not Guilty by Reason of Insanity Required by s. 542(2) of the Criminal Code of Canada Violate the Canadian Charter of Rights and Freedoms?*

Following a verdict of not guilty by reason of insanity, s. 542(2) requires that the trial judge automatically order the acquittee into strict custody until the pleasure of the Lieutenant Governor of the province is known. The appellant submits that this provi-

pour ce qui est de ses éléments constitutifs, de son atténuation et de sa solution, est manifestement et véritablement considéré par le Parlement comme étant sans importance.

a

. . .

On peut manifestement affirmer que la Loi accorde une protection spéciale aux enfants mal dirigés et qu'elle devrait avoir accessoirement pour effet d'améliorer en fin de compte leur bien-être.

b

. . .

[Le juge doit prendre en considération] . . . l'intérêt ou le bien de l'enfant, le meilleur intérêt de la collectivité et la bonne administration de la justice. Cela, je crois, qualifie la nature de la protection que la Loi vise à apporter aux jeunes dont la délinquance est alléguée ou constatée, et étaye la proposition selon laquelle la Loi n'est pas une législation relative à la protection et au bien-être des enfants au sens où on l'envisageait dans l'affaire de la *Loi de l'adoption*, précitée, [. . .] mais une véritable législation relative au droit criminel au sens large.

c

d

e

f

g

h

La préoccupation du Parlement à l'égard des droits individuels lui donne également compétence pour légiférer quant à la procédure d'examen des mandats du lieutenant-gouverneur. Il est certes possible que l'adoption de ces dispositions ne soit pas entièrement justifiée par le motif de la protection de la société, mais il ne fait pas de doute que le Parlement peut, en soupesant les droits individuels et la nécessité de protéger la société, prévoir une certaine forme d'examen. À mesure que s'amenuise le danger que présentait l'individu pour la société, le droit criminel perd progressivement son emprise et les aspects coercitifs du mandat sont assouplis jusqu'au jour où l'individu est libéré de toute surveillance sous l'empire du *Code criminel*.

3. *La détention automatique, aux termes du par. 542(2) du Code criminel du Canada, d'une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale viole-t-elle la Charte canadienne des droits et libertés?*

i

À la suite d'un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, le juge du procès doit, aux termes du par. 542(2), ordonner automatiquement que la personne acquittée soit tenue sous une garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieu-

j

sion of the *Criminal Code* restricts his rights under ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1. First, he submits that s. 542(2) of the *Criminal Code* restricts his procedural rights under s. 7 because there is no opportunity for a hearing before the trial judge orders the insanity acquittee into "strict custody". Since any evidence of insanity adduced during the trial only relates to insanity at the time of the offence, there is no evidence before the trial judge as to whether such detention is necessary because the patient is dangerous.

Additionally, the appellant submits that s. 542(2) infringes his substantive rights under s. 7 and his right to be free from arbitrary detention under s. 9, because it imposes a duty on the trial judge to order "strict custody" automatically and arbitrarily, without providing any standards for the exercise of this power. The provision substitutes an overly inclusive assumption that all accused persons acquitted by reason of insanity are presently dangerous and require hospitalization, for an actual determination on the facts of each case as to whether or not that assumption is valid.

### Section 7

The automatic detention required under s. 542(2) clearly deprives the appellant of his right to liberty. However, if this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice, there will be no limitation of his rights under s. 7 of the *Charter*. As was stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 503-4, the principles of fundamental justice, while not limited to "natural justice", require at least those procedural safeguards. Because s. 542(2) provides for no hearing or other procedural safeguards whatsoever, I need not proceed any further to conclude that the deprivation of liberty is not in accordance with the principles of fundamental justice.

tenant-gouverneur de la province soit connu. L'appellant soutient que cette disposition du *Code criminel* restreint les droits que lui reconnaissent les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être sauvegardée par l'article premier. Il fait valoir, en premier lieu, que le par. 542(2) du *Code criminel* restreint les droits procéduraux que lui garantit l'art. 7 parce qu'il ne prévoit aucune possibilité d'audition avant que le juge du procès n'ordonne la mise sous «garde rigoureuse» de la personne acquittée en raison de son aliénation mentale. Étant donné que la preuve d'aliénation mentale présentée au procès n'a trait qu'à l'aliénation au moment de l'infraction, le juge ne dispose d'aucun élément lui permettant de déterminer si la détention est nécessaire en raison du danger que présente le patient.

L'appellant soutient, de plus, que le par. 542(2) contrevient aux droits substantiels que lui garantit l'art. 7 et à son droit à la protection contre la détention arbitraire en vertu de l'art. 9, parce qu'il oblige le juge du procès à ordonner la «garde rigoureuse» de façon automatique et arbitraire, sans que l'exercice de ce pouvoir soit soumis à certaines normes. La disposition applique la présomption trop globale selon laquelle tous les prévenus acquittés en raison de leur aliénation mentale sont dangereux à l'heure actuelle et que leur état nécessite l'hospitalisation, au lieu de prévoir un examen véritable qui permettrait, selon les faits de chaque espèce, de vérifier la validité de cette présomption.

### L'article 7

La détention automatique exigée par le par. 542(2) porte clairement atteinte au droit de l'appellant à la liberté. Cependant, si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale, il n'y aura pas de restriction des droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*. Comme il a été dit dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 503 et 504, les principes de justice fondamentale, quoique non limités à la «justice naturelle», exigent à tout le moins ces garanties en matière de procédure. Or, le par. 542(2) ne prévoyant aucune audition ou autre forme quelconque de garantie procédurale, il est inutile d'aller plus loin pour conclure que l'atteinte à la liberté n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

With respect, I do not accept the position of the majority of the Court of Appeal that the procedural fairness required by the principles of fundamental justice can be simply “read in” to this legislation. For this point, they relied on this Court’s decision in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, and particularly the words of Wilson J., at p. 188:

If, as a matter of statutory interpretation, the procedural fairness sought by the appellants is not excluded by the scheme of the Act, there is, of course, no basis for resort to the *Charter*. The issue may be resolved on other grounds.

While I agree with this statement, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, I explained the process of reading constitutional requirements into legislation which confers a discretion. When legislation confers a precise discretion that limits a right or freedom under the *Charter* the legislation is found to constitute an infringement and the Court must proceed to s. 1 (at p. 1078):

As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. [Emphasis added.]

Applying this approach to the situation in the case at bar, I find that s. 542(2) does not confer an imprecise discretion on the trial judge. Instead, it requires

Avec égards, je ne puis me rendre à l’opinion de la majorité de la Cour d’appel, selon laquelle il suffit de donner une interprétation large à ces dispositions pour qu’elles soient considérées comme respectant l’équité procédurale qu’exigent les principes de justice fondamentale. Sur ce point, l’opinion majoritaire se fonde sur l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, précité et, en particulier, sur le passage suivant du juge Wilson, à la p. 188:

Si, sur le plan de l’interprétation législative, l’équité en matière de procédure demandée par les appelants n’est pas exclue par l’économie de la Loi, il va sans dire qu’il n’y a aucune raison de recourir à la *Charte*. Le litige peut être tranché par d’autres moyens.

Bien que je sois d’accord avec cet énoncé, j’ai expliqué, dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, la façon d’introduire par interprétation large des exigences constitutionnelles dans des dispositions législatives attributives de pouvoirs discrétionnaires. Lorsque la disposition confère un pouvoir discrétionnaire précis qui restreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte* on peut conclure qu’elle constitue une violation et que le tribunal doit alors procéder à l’examen en vertu de l’article premier (aux pp. 1077 et 1078):

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d’interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu’il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l’article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d’une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. [Je souligne.]

Appliquant cette méthode d’analyse en l’espèce, je constate que le par. 542(2) ne confère pas un pouvoir discrétionnaire imprécis au juge du procès. Au con-

that the trial judge always act in a manner which would infringe the s. 7 rights of an insanity acquittee in that it states that the trial judge “shall order that [the acquittee] be kept in strict custody. . . until the pleasure of the lieutenant governor of the province is known”. (Emphasis added.) This order of “strict custody” is thus automatically made immediately following the trial and before any hearing on the issue of current mental state. Even attempting to interpret s. 542(2) within the bounds of the Constitution, it is impossible to conclude that Parliament did not intend to authorize such conduct on the part of the trial judge. Because the wording of s. 542(2) is precise and requires the trial judge to order the insanity acquittee into strict custody immediately following the trial, this is not a situation in which this Court can simply “read in” procedural safeguards to make the legislation accord with constitutional requirements.

While I accept that the statutory scheme in question must be looked at in its entirety, I respectfully disagree with the majority position in the Court of Appeal that although s. 542(2) alone may infringe s. 7, the procedural requirements are met by ss. 545 and 547. Assuming, without deciding, that those subsequent provisions themselves accord with the principles of fundamental justice, any subsequent hearings or review cannot change the fact that the initial remand is ordered by the trial judge without any opportunity for a hearing.

Neither can I accept the submissions of the respondent that the constitutional requirements are met by the procedural fairness afforded during the trial itself. With respect, I do not understand how any procedural safeguards which an accused may have enjoyed during the trial offer any protection in a post-acquittal committal process.

It is the position of the appellant that his arguments with respect to s. 9 also apply to the substantive (as

traire, il exige qu’il agisse toujours de manière à enfreindre les droits que garantit l’art. 7 à la personne acquittée pour cause d’aliénation, en ce qu’il dispose que le juge «doit ordonner que [la personne acquittée] soit tenu[e] sous une garde rigoureuse [. . .] jusqu’à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur [. . .] soit connu». (Je souligne.) Cette ordonnance de «garde rigoureuse» est donc rendue automatiquement tout de suite après le procès et avant toute audience sur la question de l’état mental actuel. Même si on tente de donner au par. 542(2) une interprétation qui le garde dans les limites de la constitutionnalité, il est impossible de conclure que le Parlement n’avait pas l’intention d’autoriser une telle conduite de la part du juge du procès. Étant donné que le par. 542(2) est rédigé de façon précise et qu’il oblige le juge du procès à ordonner la mise sous garde rigoureuse, immédiatement après le procès, de la personne acquittée pour cause d’aliénation mentale, ce n’est pas un cas où il suffirait à notre Cour d’interpréter largement le texte législatif pour y inclure les garanties procédurales qui le rendraient conforme aux exigences constitutionnelles.

Bien que je sois prêt à reconnaître la nécessité d’analyser globalement le régime en cause en l’espèce, je ne puis, avec égards, souscrire à l’opinion majoritaire de la Cour d’appel suivant laquelle, si le par. 542(2), pris isolément, enfreint l’art. 7, les exigences procédurales sont néanmoins satisfaites par les art. 545 et 547. À supposer, sans en décider, que ces dispositions subséquentes soient conformes aux principes de justice fondamentale, aucune audience ni aucun examen ultérieurs ne sauraient changer le fait que le renvoi initial sous garde est ordonné par le juge du procès sans qu’il y ait eu possibilité d’une audience.

Je ne puis non plus accepter l’argument de l’intimée suivant lequel les exigences constitutionnelles sont satisfaites par l’équité en matière de procédure assurée au cours du procès lui-même. Avec égards, je ne vois pas en quoi les garanties dont l’accusé a pu jouir pendant son procès peuvent le protéger dans le processus de renvoi sous garde postérieur à l’acquiescement.

L’appellant soutient que les arguments qu’il a fait valoir à l’égard de l’art. 9 s’appliquent également à

opposed to procedural) aspects of s. 7. Since s. 9 is illustrative of s. 7, and since the central point of the substantive s. 7 arguments in this case is that the detention is ordered on the basis of no criteria (i.e., arbitrary detention), a discussion of s. 9 is sufficient and I will proceed with that forthwith.

### Section 9

The appellant submits that it would be pointless to address the procedural defects in s. 542(2) if this Court were not also to deal with the substantive defects. I agree that the substantive defects in the legislation restrict the appellant's right not to be arbitrarily detained under s. 9 of the *Charter*.

The detention order is automatic, without any rational standard for determining which individual insanity acquittees should be detained and which should be released. I need not determine at this point what standard would be required by s. 9 in order to detain an insanity acquittee. The duty of the trial judge to detain is unqualified by any standards whatsoever. I cannot imagine a detention being ordered on a more arbitrary basis. As La Forest J. stated in *R. v. Lyons, supra*, at p. 348, adopting the submission of the Crown in finding that the Crown's discretion with respect to dangerous offender applications was not "arbitrary" and did not infringe s. 9:

... it is the absence of discretion which would, in many cases, render arbitrary the law's application.

Denying that the provision is "arbitrary" and without standards, the respondent submits that there are criteria for the operation of s. 542(2) which can be found in both the statutory scheme and the jurisprudence: s. 542(2) only applies to indictable offences (s. 542(1)); the trier of fact must have been satisfied that the insane acquittee did commit the act charged, even if incapable of the mental requirement; the

l'égard des aspects substantiels (par opposition à procéduraux) de l'art. 7. Étant donné que l'art. 9 est une illustration de ce que prévoit l'art. 7, et vu qu'en l'espèce le point central des arguments de fond relatifs à l'art. 7 est l'absence de critères servant à fonder l'ordonnance de détention (c.-à-d. détention arbitraire), il suffira d'examiner l'art. 9, ce que je vais faire à l'instant.

### L'article 9

L'appelant prétend qu'il serait vain de parler des défauts que comporte le par. 542(2) d'un point de vue procédural sans en aborder également les problèmes de fond. Je conviens avec l'appelant que les problèmes de fond que comporte le texte législatif restreignent son droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte*.

L'ordonnance de détention est rendue automatiquement, sans critère rationnel permettant de déterminer, parmi les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, lesquelles devraient être détenues et lesquelles devraient être libérées. Il n'y a pas lieu à ce stade d'établir la norme qu'exigerait l'art. 9 pour la détention d'une personne ainsi acquittée. L'obligation du juge du procès d'ordonner la détention n'est assujettie à aucune norme que ce soit. Je ne puis imaginer fondamentalement plus arbitraire pour une détention. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, à la p. 348, qui fait siennes les observations du ministère public en concluant que le pouvoir discrétionnaire du ministère public à l'égard des demandes visant à faire déclarer un délinquant dangereux n'était pas «arbitraire» et n'enfreignait pas l'art. 9:

[TRADUCTION] ... c'est l'absence de pouvoir discrétionnaire qui, bien souvent, rendrait arbitraire l'application de la loi.

Niant que la disposition soit «arbitraire» et ne comporte aucune norme, l'intimée fait valoir que les critères d'application du par. 542(2) existent tant dans l'économie des dispositions en cause que dans la jurisprudence: ainsi, le par. 542(2) ne vise que les actes criminels (par. 542(1)); le juge des faits doit être convaincu que la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale a bel et bien commis l'acte



mental disorder must be particularly severe so as to meet the test of s. 16(2); and the condition of insanity must have been established on a balance of probabilities (s. 16(4)). With respect, while I agree that the mandatory detention order authorized under s. 542(2) only applies to people who have met these four criteria, it is still arbitrary in the way that it operates with respect to them. Not all of these individuals will be dangerous.

In conclusion, because s. 542(2) requires a trial judge to automatically order strict custody based on no criteria or standards and before any kind of hearing can be conducted on the issue of present mental condition, this provision infringes the appellant's rights under ss. 7 and 9 of the *Charter*. I turn now to the issue of whether the provision can be saved under s. 1.

### Section 1

#### *Objective*

As I have already stated above, the test for whether legislation which has been found to limit a right or freedom guaranteed by the *Charter* can be saved is that set out by this Court in *Oakes*, *supra*. All of the parties to this appeal seem to agree that the objective of s. 542(2)—the protection of the public and the prevention of crime through the detention of those insanity acquittees who are dangerous because still insane, pending the decision of the Lieutenant Governor—is indeed “pressing and substantial”.

#### *Proportionality Test*

Before embarking on the proportionality test of the s. 1 inquiry, it is necessary to specify which particular aspect of the impugned legislation has limited the *Charter* rights in question and therefore must be balanced against the importance of the objective. In the case at bar, the lack of a hearing in s. 542(2) deprives the appellant of his right to liberty in a way that is not

allégué même si elle était incapable d'avoir l'élément moral requis; le désordre mental doit être suffisamment grave pour satisfaire au critère du par. 16(2); et enfin l'aliénation doit avoir été établie suivant la prépondérance des probabilités (par. 16(4)). Avec égards, tout en convenant que l'ordonnance de détention obligatoire rendue sous le régime du par. 542(2) ne vise que les personnes qui remplissent ces quatre critères, je ne l'en estime pas moins arbitraire dans la façon dont elle s'applique à leur égard. En effet, ces personnes ne sont pas toutes dangereuses.

En conclusion, étant donné que le par. 542(2) oblige le juge du procès à ordonner automatiquement la garde rigoureuse, sans qu'il puisse se fonder sur aucun critère ni aucune norme et avant la tenue d'une forme quelconque d'audience sur la question de la condition mentale présente de l'accusé, cette disposition porte atteinte aux droits que possède l'appelant en vertu des art. 7 et 9 de la *Charte*. Voyons maintenant si la disposition peut être sauvegardée par l'article premier.

### L'article premier

#### *L'objectif*

Comme je l'ai indiqué précédemment, le critère suivant lequel une disposition législative dont on a jugé qu'elle restreint un droit ou une liberté garantis par la *Charte* peut être sauvegardée est celui que notre Cour a établi dans l'arrêt *Oakes*, précité. Toutes les parties au présent pourvoi semblent reconnaître que l'objectif du par. 542(2) répond effectivement à des préoccupations «urgentes et réelles». Cet objectif est la protection du public et la prévention du crime par le biais de la détention, en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale qui constituent un danger parce qu'elles sont toujours aliénées.

#### *Le critère de la proportionnalité*

Avant d'aborder l'élément proportionnalité de l'enquête menée en vertu de l'article premier, il convient de préciser l'aspect de la disposition législative contestée qui restreint les droits garantis par la *Charte* et qui, par conséquent, doit être soupesé par rapport à l'importance de l'objectif poursuivi. En l'espèce, le fait qu'aucune audience ne soit prévue au

in accordance with the principles of fundamental justice, thereby infringing his rights under s. 7 of the *Charter*. His right under s. 9 of the *Charter* not to be detained arbitrarily is also restricted in that there are no criteria for the exercise of the trial judge's power to detain.

### 1. Rational Connection

In order to satisfy the first part of the proportionality test, there must be a rational connection between the objective of protecting the public and preventing crime through the detention of dangerous insanity acquittees pending the decision of the Lieutenant Governor and the means chosen to obtain this objective, which has been found to limit the appellant's right. The means chosen by Parliament in s. 542(2) which infringes ss. 7 and 9 is the automatic and arbitrary order of detention, issued in the absence of any procedural safeguards and without any governing standards.

I accept the submissions of the respondent and of the Attorney General of Canada that there is a rational connection between the objective and the means because it is reasonable to assume that some insanity acquittees will continue to represent a danger to the public. While I recognize that not every individual will pose a continued threat to society, I do agree that this assumption, while certainly not irrefutable, is reasonable.

We know that individuals who have been found not guilty by reason of insanity have, in the past, committed an act proscribed by the *Criminal Code*. At that time, they were either incapable of appreciating the nature and quality of that act or were not aware that it was morally wrong (*R. v. Chaulk, supra*). It seems reasonable to assume that these individuals could still be legally "insane" and that this incapacity to appreciate the nature and quality of their actions or their amorality could result in future dangerous conduct.

par. 542(2) porte atteinte, de façon incompatible avec les principes de justice fondamentale, au droit à la liberté de l'appelant et, partant, enfreint ses droits prévus à l'art. 7 de la *Charte*. La protection que lui garantit l'art. 9 contre la détention arbitraire est également restreinte en ce que l'exercice du pouvoir du juge du procès d'ordonner la détention ne repose sur aucun critère.

### 1. Le lien rationnel

Pour que soit respecté le premier volet du critère de proportionnalité, il doit y avoir un lien rationnel entre l'objectif visant à protéger le public et à prévenir le crime grâce à la détention des personnes dangereuses acquittées pour cause d'aliénation mentale en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, et le moyen choisi pour atteindre cet objectif, considéré comme restreignant le droit de l'appelant. Le moyen choisi par le Parlement au par. 542(2) et qui porte atteinte aux art. 7 et 9 est l'ordonnance automatique et arbitraire de détention, prononcée sans qu'il existe de garantie procédurale ni de norme la régissant.

Je conviens avec l'intimée et avec le procureur général du Canada qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et le moyen choisi pour y parvenir étant donné qu'il est raisonnable de présumer qu'un certain nombre de prévenus acquittés pour cause d'aliénation continueront de présenter un danger pour le public. Même si je ne suis pas prêt à reconnaître qu'il en sera ainsi pour chaque individu, je suis d'accord pour dire que cette présomption, bien qu'elle ne soit certes pas irrefutable, est raisonnable.

Nous savons que les individus qui ont été déclarés non coupables en raison de leur aliénation mentale ont, dans le passé, commis un acte prohibé par le *Code criminel*. Ils étaient alors incapables soit de juger la nature et la qualité de cet acte, soit de savoir qu'il était moralement répréhensible (*R. c. Chaulk, précité*). Il semble raisonnable de présumer que ces personnes pourraient être encore «aliénées» d'un point de vue légal et que cette incapacité à juger la nature et la qualité de leurs actions, ou leur amoralité, pourrait se traduire par une conduite dangereuse dans l'avenir.

The United States Supreme Court reached a similar conclusion in *Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983), at p. 366 and p. 365 (note 13):

Nor can we say that it was unreasonable for Congress to determine that the insanity acquittal supports an inference of continuing mental illness. It comports with common sense to conclude that someone whose mental illness was sufficient to lead him to commit a criminal act is likely to remain ill and in need of treatment.

... We have recognized repeatedly the "uncertainty of diagnosis in this field and the tentativeness of professional judgment. The only certain thing that can be said about the present state of knowledge and therapy regarding mental disease is that science has not reached finality of judgment. . . ." The lesson we have drawn is not that government may not act in the face of this uncertainty, but rather that courts should pay particular deference to reasonable legislative judgments. [References omitted.]

Of course, while the assumption that persons found not guilty by reason of insanity pose a threat to society may well be rational, I hasten to add that I recognize that it is not always valid. While past violent conduct and previous mental disorder may indicate a greater possibility of future dangerous conduct, this will not necessarily be so. Furthermore, not every individual found not guilty by reason of insanity will have such a personal history. Nevertheless, the connection between the objective and means is a rational one. By ordering the detention of all insane acquittes pending the decision of the Lieutenant Governor, Parliament is ensuring that society will be protected from the ones who are dangerous.

## 2. Minimal Impairment

Because s. 542(2) affects the appellant's rights under ss. 7 and 9 differently, I will deal with each

La Cour suprême des États-Unis est arrivée à une conclusion analogue dans l'arrêt *Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983), à la p. 366 et à la p. 365 (note 13):

[TRADUCTION] Nous ne croyons pas davantage qu'il était déraisonnable de la part du Congrès de tirer de l'acquiescement pour cause d'aliénation mentale une inférence quant à la persistance de la maladie mentale. Le bon sens enseigne qu'une personne que la maladie mentale a conduite à commettre un acte criminel est susceptible d'être encore malade et de nécessiter des soins.

... Nous avons eu à plusieurs reprises l'occasion de reconnaître «le caractère incertain du diagnostic posé dans ce domaine et l'imprécision des opinions professionnelles. Tout ce qu'on peut affirmer quant à l'état actuel des connaissances et des thérapies en matière de maladie mentale, c'est que la science ne peut encore porter de jugements définitifs. . . » La leçon que nous en tirons n'est pas que le gouvernement, confronté à cette incertitude, ne peut agir, mais plutôt que les tribunaux doivent faire montre d'une retenue particulière à l'égard des jugements raisonnables émanant des textes législatifs. [Références omises.]

Le postulat voulant que les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale constituent une menace pour la société peut, certes, être rationnel, mais je m'empresse toutefois d'ajouter que je reconnais qu'il n'est pas toujours valable. Bien que la violence passée et les troubles mentaux antérieurs puissent accroître la possibilité de conduite dangereuse dans l'avenir, il n'en sera pas nécessairement ainsi. De plus, ce ne sont pas tous les individus déclarés non coupables en raison de leur aliénation mentale qui auront connu ce cheminement. Néanmoins il reste qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et le moyen utilisé. En ordonnant la détention de tous les prévenus acquittés pour cause d'aliénation mentale en attendant la décision du lieutenant-gouverneur, le Parlement s'assure que la société sera protégée contre ceux qui sont dangereux.

## 2. L'atteinte minimale

Étant donné que le par. 542(2) entrave de façon différente les droits que garantissent à l'appelant les

separately, beginning with his right to liberty under s. 7.

The order of strict custody required by s. 542(2) remains in effect until the pleasure of the Lieutenant Governor of the province is known. The pleasure of the Lieutenant Governor is "known" once the patient is released or an L.G.W. is issued either imposing a conditional release or detention. There is no time requirement within which the Lieutenant Governor must act: no time limit is placed on the order under s. 542(2) and the language of s. 545, pursuant to which the L.G.W. is issued, is discretionary. In fact, the wording of the legislation does not require the Lieutenant Governor to ever make an order.

The following statistics taken from the Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants, A Description of Patients Under Lieutenant Governors' Warrant (1988), demonstrate that the duration of this initial remand by the trial judge following a verdict of not guilty by reason of insanity can be quite lengthy:

Mean Length of Time Between the Court Judgment and the Issuance of the L.G.W.:

British Columbia:	0.1 months
Alberta:	5.4 months
Saskatchewan:	3.2 months
Manitoba:	1.9 months
Ontario:	2.3 months
Quebec:	1.2 months
New Brunswick:	1.4 months
Nova Scotia:	2.2 months
Newfoundland:	1.5 months
Canada:	1.8 months

Whatever the actual length of time between court judgment and the issuance of an L.G.W. in any particular case, s. 542(2) does not meet the minimal impairment component of the proportionality test. Parliament could easily employ a means which would still meet its objective and yet not limit the appellant's liberty under s. 7 to such a great extent. The Attorney General of Canada submits that s. 542(2) is simply a bridging provision to ensure the protection

art. 7 et 9, je vais traiter séparément chacun de ces articles, en commençant par le droit à la liberté consacré par l'art. 7.

L'ordonnance de garde rigoureuse exigée par le par. 542(2) reste valable jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu. Le bon plaisir du lieutenant-gouverneur est «connu» par la libération du patient ou l'émission d'un mandat de détention ou de libération sous condition. Rien n'oblige le lieutenant-gouverneur à agir à l'intérieur d'un laps de temps donné: l'ordonnance rendue en vertu du par. 542(2) n'est assujettie à aucun délai et l'art. 545, conformément auquel est décerné le mandat du lieutenant-gouverneur, est formulé en termes discrétionnaires. En fait, il ressort du libellé des dispositions que le lieutenant-gouverneur n'est pas même tenu de rendre une ordonnance.

Les statistiques suivantes, tirées de la Base de données canadiennes: Personnes détenues en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur (1988), montrent que la durée du renvoi initial sous garde ordonné par le juge du procès à la suite d'un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale peut être assez longue:

Temps moyen écoulé entre le jugement du tribunal et la délivrance du mandat du lieutenant-gouverneur:

Colombie-Britannique:	0,1 mois
Alberta:	5,4 mois
Saskatchewan:	3,2 mois
Manitoba:	1,9 mois
Ontario:	2,3 mois
Québec:	1,2 mois
Nouveau-Brunswick:	1,4 mois
Nouvelle-Écosse:	2,2 mois
Terre-Neuve:	1,5 mois
Canada:	1,8 mois

Peu importe la durée réelle de la période écoulée entre le jugement du tribunal et la délivrance d'un mandat du lieutenant-gouverneur dans un cas donné, le par. 542(2) ne répond pas à l'exigence d'atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité. Le Parlement pourrait aisément employer un moyen qui atteindrait le même objectif sans restreindre de façon aussi considérable la liberté garantie à l'appellant par l'art. 7. Le procureur général du Canada pré-

of society until a decision is made with respect to an L.G.W. under s. 545 of the *Code*. I find nothing wrong with having a "bridging" provision. However, the indeterminate nature of the strict custody order under s. 542(2) infringes on the right to liberty (in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice) to an unacceptable degree.

Given that the determination of present mental condition and dangerousness must be made prior to release and given the nature of the issues to be determined, there will necessarily be a gap in time between the acquittal by reason of insanity and the decision whether to release or detain under an L.G.W. The delay in making the dangerousness determination is inevitable because evidence adduced at trial with respect to the s. 16 defence only relates to mental condition at the time of the offence. Automatic detention following an acquittal by reason of insanity is to some extent, then, a codification of practical reality.

In addition to furthering the legislative objective in the short-term, automatic detention also serves to prevent crime and protect society in the future. While prediction of recidivism and recurring mental illness is always difficult, there is evidence before this Court that the opportunity for psychiatrists to observe and evaluate the individual on an inpatient basis often results in a more accurate assessment:

It might be helpful to examine inpatient assessment, when at its most productive, through the eyes of a clinician. Such a clinician might argue that, although it is true that many accused initially present themselves as model patients, such a veneer drops quickly. . . .

It is not unusual for an individual to give one impression during brief assessment and another quite different one after a few days within an inpatient unit. Consider, for example, the case of Leonard S., charged with a relatively minor offence. He was sullen and silent in the initial interview. He spoke in a flat monotone with a quiet undertone of anger. At brief assessment the psychiatrist

tend que le par. 542(2) n'est qu'une disposition de transition qui vise à assurer la protection de la société jusqu'à ce qu'une décision soit prise quant à la délivrance d'un mandat du lieutenant-gouverneur conformément à l'art. 545 du *Code*. Il n'y a rien de mal à ce genre de disposition. Cependant, la nature indéterminée de l'ordonnance de garde rigoureuse rendue en vertu du par. 542(2) porte atteinte au droit à la liberté (de façon non conforme aux principes de justice fondamentale) dans une mesure inacceptable.

Vu la nécessité de procéder à l'examen de la condition mentale et de la dangerosité actuelles avant la mise en liberté et vu la nature des questions à trancher, il y aura toujours un laps de temps entre l'acquiescement pour cause d'aliénation mentale et la décision de libérer ou de détenir le prévenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur. Ce délai est inévitable puisque la preuve présentée au procès à l'appui de la défense fondée sur l'art. 16 ne se rapporte qu'à la condition mentale au moment de l'infraction. La détention automatique par suite d'un acquiescement pour cause d'aliénation mentale est donc, dans une certaine mesure, une codification d'une réalité pratique.

Outre qu'elle favorise, à court terme, l'atteinte de l'objectif législatif visé, la détention automatique sert également à prévenir le crime et à protéger la société pour l'avenir. Bien qu'il soit toujours difficile de prévoir les cas de récidive et de récurrence de la maladie mentale, la preuve devant notre Cour indique que la possibilité qu'ont ainsi les psychiatres d'observer l'individu en milieu hospitalier et de l'y évaluer conduit souvent à une évaluation plus exacte:

[TRADUCTION] Il peut être utile d'examiner l'évaluation des patients gardés en milieu hospitalier, là où elle donne les meilleurs résultats, à travers les yeux d'un clinicien. Ce dernier pourrait expliquer que s'il est vrai que de nombreux accusés se présentent de prime abord comme des patients modèles, ce masque tombe rapidement . . .

Il n'est pas rare qu'une personne donne, après quelques jours passés en observation, une impression fort différente de celle qu'elle avait laissée après une évaluation sommaire. Examinons, à titre d'exemple, le cas de Leonard S., accusé d'une infraction relativement mineure. Lors de l'entrevue initiale, il était renfrogné et silencieux. Il parlait d'un débit monotone sur un ton de

initially entertained a number of diagnostic hypotheses with regard to this young man. These ranged from passive aggressive personality disorder to depression to schizophrenia. It was decided to admit him to the inpatient unit where within weeks he showed all the signs of being schizophrenic and did so consistently till the end of his period of remand.

Butler, B., *Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender*, Working Paper in Forensic Psychiatry Number 27, p. 52 at pp. 75-76.

A defence witness, Sheila Hodgins (Research Director at l'Institut Philippe Pinel in Quebec), also testified under cross-examination to the benefits of observation on an inpatient basis:

... it is very difficult to do an assessment of a patient on a one shot or a two shot or even three interviews. The treatment staff have observed the patient over longer periods of time in many different situations, twenty-four hours a day and, myself, I trust their observations more than somebody who just interviews him one or two or three times.

In the long term, then, crime is prevented and society protected as dangerous individuals in need of treatment will be held in custody under an L.G.W.

Therefore, the means chosen by Parliament, automatic detention, furthers the objective in two important ways. First, if individuals acquitted by reason of insanity are immediately ordered into custody, they cannot pose a threat to society in the short term. Secondly, if observation of the individual on an inpatient basis results in more accurate predictions of recurring mental illness, crime is prevented and society protected in the future.

However, the minimal impairment component of the *Oakes*, test requires that insanity acquittees be detained no longer than necessary to determine whether they are currently dangerous due to their insanity. Parliament has provided for remands of a

colère rentrée. À l'évaluation sommaire, le psychiatre a formulé initialement à son égard un certain nombre d'hypothèses de diagnostic qui allaient d'un désordre de la personnalité passive agressive à la schizophrénie, en passant par la dépression. Il fut décidé de l'admettre dans l'unité d'observation et en l'espace de quelques semaines, il montra tous les signes de la schizophrénie et ce, de façon constante, jusqu'à la fin de sa période d'internement.

Butler, B. *Clinical Assessment and the Mentally Disordered Offender*, Working Paper in Forensic Psychiatry, numéro 27, p. 52, aux pp. 75 et 76.

Un témoin de la défense, Sheila Hodgins (directrice de la recherche à l'Institut Philippe Pinel du Québec), s'est également exprimée en contre-interrogatoire sur les avantages de l'observation en clinique:

[TRADUCTION] ... il est très difficile de faire l'évaluation d'un patient après une, deux ou même trois entrevues. Le personnel soignant a eu l'occasion d'observer le patient dans plusieurs situations différentes et sur de longues périodes, vingt-quatre heures par jour. Quant à moi, je me fie davantage à leurs observations qu'à celles de quelqu'un qui ne l'aurait interviewé qu'à une, deux ou trois reprises.

À long terme donc, la prévention du crime et la protection de la société sont assurées par le maintien sous garde, en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, des individus dangereux ayant besoin de traitement.

Le moyen choisi par le Parlement, soit la détention automatique, favorise donc l'atteinte de l'objectif de deux façons principales. En premier lieu, les personnes acquittées en raison de leur aliénation mentale, immédiatement soumises à une ordonnance de détention, ne constituent plus, à court terme, un danger pour la société. En second lieu, s'il résulte de l'observation de l'individu en clinique des prédictions plus exactes quant à la possibilité de récurrence de la maladie mentale, la prévention du crime et la protection de la société seront assurées pour l'avenir.

Cependant, le volet atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes*, exige que les prévenus acquittés pour cause d'aliénation mentale ne soient détenus que le temps nécessaire pour déterminer si leur aliénation les rend toujours dangereux. Le Parlement a prévu,

fixed duration for psychiatric observation elsewhere in the *Criminal Code* which indicates that they are aware of the constitutional concerns raised by indeterminate detention.

For example, remands for psychiatric observation can be ordered at the time of a preliminary hearing (s. 465); at the time of trial to determine fitness (s. 543); at the time of a dangerous offender application (s. 691); or at the time of an appeal (s. 608.2). The language in all of these other provisions of the *Code* is consistent: the remand is limited to a 30-day period in most instances, except in exceptional cases when it can be extended to 60 days. Without pronouncing on the constitutionality of these other remands, the fact that the indeterminate remand provided for in s. 542(2) is an anomaly clearly demonstrates that the means chosen by Parliament does not impair the appellant's s. 7 right to liberty as little as possible.

In conclusion, s. 542(2) cannot be justified as a reasonable limit on the appellant's rights under s. 7 and is accordingly of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

While I need not proceed further, I would note that a detention of limited duration would not impair the appellant's rights under s. 9 any less than the current s. 542(2). The order of the trial judge would be no less arbitrary if it was only in effect for a limited period of time. Given that there will be no evidence on this issue adduced during the trial, I am willing to accept that the effect on an individual of a period of automatic and arbitrary detention without consideration of any criteria may not be disproportionate to the importance of achieving the objective. However, the fact that the means chosen by Parliament in s. 542(2) is a period of indeterminate detention tips the balance, in my opinion, and renders the effect of the limitation disproportionate to the objective. Therefore, s. 542(2) cannot satisfy the *Oakes*, test and therefore

dans d'autres dispositions du *Code criminel*, le renvoi sous garde à des fins d'observation psychiatrique pour une période déterminée, ce qui témoigne de sa préoccupation au sujet des problèmes d'ordre constitutionnel que soulève la détention pour une période indéterminée.

À titre d'exemple, le renvoi sous garde aux fins d'observation psychiatrique peut être ordonné au moment de l'enquête préliminaire (art. 465); au moment du procès, pour déterminer la capacité de l'accusé (art. 543); au moment de la demande visant à faire déclarer un accusé délinquant dangereux (art. 691); ou au moment de l'appel (art. 608.2). Le libellé de ces dispositions du *Code* obéit à la même logique: le renvoi sous garde est limité à une période de 30 jours dans la plupart des cas, sauf circonstances exceptionnelles où il peut y avoir prolongation à 60 jours. Sans me prononcer sur la constitutionnalité de ces mesures, l'anomalie que constitue le renvoi sous garde pour une période indéterminée au par. 542(2) démontre clairement que le moyen choisi par le Parlement ne porte pas atteinte aussi peu que possible au droit à la liberté que possède l'appelant en vertu de l'art. 7.

En conclusion, le par. 542(2) ne peut être justifié comme étant une restriction raisonnable imposée aux droits que l'art. 7 garantit à l'appelant et il est, en conséquence, inopérant conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Même s'il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse, j'aimerais souligner qu'une période de détention limitée ne porterait pas moins atteinte aux droits de l'appelant en vertu de l'art. 9 que l'actuel par. 542(2). L'ordonnance du juge du procès n'en perdrait pas en effet son caractère arbitraire. Vu l'absence de preuve présentée à ce sujet au procès, je suis certes prêt à reconnaître que l'effet qu'aurait sur un individu une période de détention automatique et arbitraire, ne reposant sur aucun critère, ne serait pas nécessairement sans proportion avec l'importance de l'objectif poursuivi. Cependant, le moyen choisi par le Parlement au par. 542(2), savoir une période de détention indéterminée, contribue à mon avis à faire pencher la balance et à rendre l'effet de la restriction disproportionnée à l'objectif. Le paragraphe 542(2) ne saurait

cannot be justified with respect to s. 9 of the *Charter* either.

Because of my conclusion that s. 542(2) infringes ss. 7 and 9 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1, I need not deal with the issue of s. 15 which was raised by some interveners.

#### The Rest of the Legislative Scheme

Although the appellant has referred in his arguments to the “surrounding legislative scheme”, ss. 545 and 547 were not included in his application to state the constitutional questions. Rule 32(1) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, states:

#### 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 legislature of a province or of Regulations made thereunder, or

. . .

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question. . . .

The reason for requiring that a constitutional question be stated when the constitutionality of a statute is being challenged, is to ensure that the Attorney General of Canada and the Attorneys General of all of the provinces will be notified and have the opportunity to intervene as of right. Rule 32(4) imposes a duty on the Chief Justice or Judge of this Court who is stating the constitutional question to direct that this notice be served:

#### 32. . . .

(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

donc satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes* et, partant, ne saurait non plus être justifié en regard de l'art. 9 de la *Charte*.

Étant donné ma conclusion que le par. 542(2) porte atteinte aux art. 7 et 9 de la *Charte* et ne peut être sauvegardé par l'article premier, il n'y a pas lieu d'aborder la question de l'art. 15, soulevée par certains intervenants.

#### Les autres dispositions du régime législatif

Bien que l'appelant ait fait référence dans ses arguments au [TRADUCTION] «régime législatif dans lequel s'insère le par. 542(2)», il n'a pas, dans sa requête pour que soient formulées les questions constitutionnelles, fait mention des art. 545 et 547. Le paragraphe 32(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, dispose:

#### 32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi [. . .] 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 province, ou de l'un de leurs règlements d'application, ou

. . .

elle doit, après avoir donné avis aux autres parties [. . .] s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

C'est pour faire en sorte que le procureur général du Canada ainsi que les procureurs généraux de toutes les provinces soient avisés et aient la possibilité d'intervenir de plein droit qu'on exige la formulation d'une question constitutionnelle lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée. Le paragraphe 32(4) impose au Juge en chef ou à un juge de notre Cour qui formule la question constitutionnelle l'obligation d'en ordonner la signification:

#### 32. . . .

(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,



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.

Although the Attorney General of Canada and the Attorneys General of Ontario and British Columbia intervened in this case, we have no way of knowing whether the Attorneys General of other provinces would have also intervened, if they had been aware that the constitutional validity of the L.G.W. system itself (ss. 545 and 547) was also being challenged. Because these provisions were not included in the constitutional question, I am declining at this point in time to deal with the issues relating to them. However, I do note in passing that the lack of procedural safeguards provided for in ss. 545 and 547 do, in my opinion, attract suspicion.

#### Transitional Period

If, based on the reasons given above, s. 542(2) is simply declared to be of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, it will mean that as of the date this judgment is released, judges will be compelled to release into the community all insanity acquittees, including those who may well be a danger to the public. Because of the serious consequences of finding s. 542(2) to be of no force and effect, there will be a period of temporary validity which will extend for a period of six months. During this period, however, any detention ordered under s. 542(2) will be limited to 30 days in most instances, or to a maximum of 60 days where the Crown establishes that a longer period is required in the particular circumstances of the case. This seems a sufficient duration for the remand in light of the other provisions of the *Criminal Code* providing for detention for psychiatric observation and given that a warrant can issue in some provinces within a period of approximately this length. Courts may choose to limit their orders under s. 542(2) to between 30 and 60 days. If they do not, the individual acquittee will have the writ of *habeas corpus* available to him or her at the expiration of 30 days.

non inférieur à quatre semaines à compter de la date de l'avis, un avis d'intervention conforme à la formule C.

*a*

Bien que le procureur général du Canada ainsi que les procureurs généraux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique soient intervenus en l'espèce, il nous est impossible de savoir si les procureurs généraux des autres provinces seraient aussi intervenus dans le cas où ils auraient su que la contestation portait également sur l'applicabilité constitutionnelle du système des mandats du lieutenant-gouverneur (art. 545 et 547). Ces dispositions n'ayant pas fait l'objet d'une question constitutionnelle, je me refuse à les examiner à ce stade. Je soulignerai toutefois, incidemment, que l'absence de garanties procédurales aux art. 545 et 547 fait, à mon avis, naître des soupçons.

*d*

#### Période transitoire

*e*

Si, pour les motifs donnés précédemment, le par. 542(2) est simplement déclaré inopérant conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il s'ensuivra qu'à compter de la date du présent jugement, les juges seront obligés de libérer dans la société toutes les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, y compris celles qui pourraient fort bien présenter un danger pour le public. En raison des conséquences graves d'une telle déclaration, le par. 542(2) jouira d'une période de validité temporaire de six mois. Pendant cette période, toutefois, toute détention ordonnée en vertu du par. 542(2) sera limitée à 30 jours dans la plupart des cas, ou à 60 jours au maximum si le ministère public établit qu'un délai plus long est nécessaire dans les circonstances de l'espèce. Cette durée semble suffisante dans le contexte des autres dispositions du *Code criminel* visant la détention aux fins d'observation psychiatrique et compte tenu du fait qu'un mandat peut être délivré dans certaines provinces dans un délai à peu près équivalent. Les tribunaux pourront choisir de limiter à une période de 30 à 60 jours les ordonnances qu'ils prononceront sous l'empire du par. 542(2). À défaut, chaque personne acquittée pourra recourir au bref d'*habeas corpus* après 30 jours.

*f*

*g*

*h*

*i*

*j*

Any of the parties hereto, may, in the case of necessity upon further application, supported by such evidence as may be required, return to this Court to show cause for such further extension of the transitional period or for modification of the regimen therein, as this Court may decide.

In light of the transitional period, which has been outlined above, there are only two circumstances in which a judge would be compelled to release a possibly dangerous insanity acquittee into the community. First, this unfortunate result would arise during the transitional period if the Lieutenant Governor of a province were unable to issue either a warrant for further detention or a discharge order within 30 to 60 days. This contingency is unlikely given the information which was supplied to this Court by the intervenor, the Lieutenant Governor's Board of Review of Ontario. Second, such a result would arise after the expiration of the transitional period if Parliament neither enacted a replacement for s. 542(2) within the six-month period nor returned to this Court to apply for an extension of the transitional period for that purpose.

I note that this Court has provided for a similar transitional period in previous cases: see *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, and *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190. Furthermore, the availability of a transitional period in appropriate circumstances was recognized by the majority judgment of Cory J. in *Askov*, *supra*.

#### Disposition

For the reasons given above, the appropriate disposition in the circumstances of this case is a judicial stay of proceedings. Accordingly, I would allow the appeal and enter a stay of proceedings. I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Is s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada *intra vires* the Parliament of Canada?

Answer: Yes.

Chacune des parties aux présentes pourra, en cas de nécessité et sur requête appuyée des éléments de preuve requis, revenir devant notre Cour pour justifier toute prolongation de la période transitoire ou toute modification de ses conditions, selon ce qu'en décidera la Cour.

Vu cette période transitoire, il n'y a que deux circonstances dans lesquelles un juge serait contraint de libérer dans la société une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale et constituant un danger potentiel. En premier lieu, ce résultat malheureux se produirait si, pendant la période transitoire, le lieutenant-gouverneur d'une province ne pouvait ni délivrer un mandat prolongeant la détention ni rendre une ordonnance de mise en liberté dans un délai de 30 à 60 jours. Mais cette éventualité est improbable vu les données qu'a fournies à notre Cour l'un des intervenants, la Commission d'examen du lieutenant-gouverneur de l'Ontario. En second lieu, un résultat analogue se produirait après l'expiration de la période transitoire si le Parlement soit n'adoptait pas une nouvelle disposition pour remplacer le par. 542(2) avant l'expiration de la période de six mois, soit ne revenait pas devant notre Cour pour demander à cette fin une prolongation de la période transitoire.

Je remarque que notre Cour a déjà prévu des périodes transitoires semblables, notamment dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 et *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190. En outre, la possibilité d'une période transitoire dans des circonstances appropriées a été reconnue dans le jugement rendu par le juge Cory pour la majorité dans *Askov*, précité.

#### Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, il convient, dans les circonstances de l'espèce, d'ordonner l'arrêt des procédures. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de prononcer l'arrêt des procédures. Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles:

Question 1: Le paragraphe 542(2) du *Code criminel* du Canada est-il *intra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Oui.

Question 2: Do the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, violate ss. 7, 9, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>a</sup>

Answer: Yes, the common law criteria limit s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is not necessary to answer this question with respect to ss. 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. <sup>b</sup>

Question 3: If the answer to question 2 is affirmative, are the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? <sup>c</sup>

Answer: No. <sup>d</sup>

Question 4: Does the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada violate ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? <sup>e</sup>

Answer: Yes. <sup>f</sup>

Question 5: If the answer to question 4 is affirmative, is the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? <sup>g</sup>

Answer: No. However, during the six-month transitional period, an order issued pursuant to s. 542(2) will be valid, but for no longer than 30 to 60 days. <sup>h</sup>

Question 2: Les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>a</sup>

Réponse: Oui, les critères de common law restreignent l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'y a pas lieu de répondre à cette question en ce qui concerne les art. 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. <sup>b</sup>

Question 3: Si la réponse à la 2<sup>e</sup> question est affirmative, les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? <sup>c</sup>

Réponse: Non. <sup>d</sup>

Question 4: Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, viole-t-il les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? <sup>e</sup>

Réponse: Oui. <sup>f</sup>

Question 5: Si la réponse à la 4<sup>e</sup> question est affirmative, le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*? <sup>g</sup>

Réponse: Non. Cependant, pendant une période transitoire de six mois, une ordonnance rendue conformément au par. 542(2) sera valide, mais seulement pour une durée n'excédant pas 30 à 60 jours. <sup>h</sup>

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading Chief Justice Lamer's reasons in this appeal and wish to address one or two issues on which I am not fully in agreement with his position.

Let me say first, however, that I agree with the Chief Justice that, from the jurisdictional point of view, s. 542(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, is a valid exercise of the federal criminal law power.

I also agree with the Chief Justice for the reasons given by him that s. 542(2) infringes an accused's rights under both s. 7 and s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1. I have one reservation, however, about the Chief Justice's discussion of this aspect of the appeal. I cannot agree with him that discretionary powers conferred by statute should be interpreted in such a way as to ensure their compliance with the *Charter*. My own view is that this approach is tantamount to a presumption of constitutionality, a presumption which I believe has no application in *Charter* cases. While I recognize that the efficacy of "reading down" in the *Charter* context has not as yet been finally decided (see *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 125), I prefer the view expressed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169, that:

... it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements.

In this case, however, the issue simply does not arise since the section does not confer a discretion, imprecise or otherwise, but rather constitutes a directive. Accordingly, I prefer to leave the important question of whether statutes conferring discretionary powers should be judicially interpreted in such a way as to avoid conflict with the *Charter's* guarantees to a day when the issue is clearly before the Court. I turn now to a consideration of the constitutionality of the common law rule.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge en chef Lamer en l'espèce et je veux traiter d'une ou deux questions à l'égard desquelles je ne souscris pas entièrement à son opinion.

Toutefois, je tiens d'abord à souligner que je suis d'accord avec le Juge en chef, qui estime que, du point de vue de la compétence, le par. 542(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, constitue un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de droit criminel.

Je souscris également aux motifs du Juge en chef selon lesquels le par. 542(2) porte atteinte aux droits que les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent à l'accusé et n'est pas sauvegardé par l'article premier. Toutefois, j'exprime une réserve quant à l'analyse que fait le Juge en chef à l'égard de cet aspect du pourvoi. Je ne puis être d'accord avec lui que les pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi devraient être interprétés de manière à faire en sorte qu'ils soient conformes à la *Charte*. Je suis d'avis que cette position équivaut à présumer la constitutionnalité, une présomption qui, selon moi, ne s'applique pas dans les affaires portant sur la *Charte*. Bien que je reconnaisse que l'efficacité de «l'interprétation atténuée» dans le contexte de la *Charte* n'a pas été déterminée de façon définitive (voir *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la p. 125), je préfère l'opinion exprimée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169, selon laquelle:

... il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution.

Toutefois, en l'espèce, la question ne se pose simplement pas étant donné que le paragraphe ne confère pas un pouvoir discrétionnaire, imprécis ou autre, mais constitue plutôt une directive. Par conséquent, je préfère attendre que soit clairement posée à notre Cour la question importante de savoir si les lois qui confèrent des pouvoirs discrétionnaires doivent être interprétées par les tribunaux de manière à éviter les conflits avec les garanties que confère la *Charte*. J'examine maintenant la constitutionnalité de la règle de common law.

The Common Law Rule

Like the Chief Justice, I find it unnecessary to deal with ss. 9 and 15 of the *Charter* since I agree with him that the common law rule as enunciated in *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, and *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, infringes the accused's s. 7 right to liberty in that it deprives the accused of control over his own defences contrary to the principles of fundamental justice. I accept the appellant's submission that to permit the Crown to tender evidence of insanity against the wishes of the accused is to countenance too great an interference with the fundamental right of an accused to advance whichever defences he considers to be in his best interests and to waive those which he considers are not. I agree with the appellant that to allow the prosecution to raise the issue of insanity can completely distort the trial process because of the impact it can have on other defences raised by the accused, on the jury's assessment of his credibility, and on the traditional role played by defence counsel in an adversary system. The appellant gave some illustrations of this distortion:

(a) the unfairness of imposing upon an accused who does not wish to raise the defence of insanity the burden of proving, among other things, that he is not presently dangerous;

(b) permitting the prosecution to place an accused in a position where inconsistent defences must be advanced. This may well negate the advice of counsel;

(c) discrediting or undermining the accused's credibility so that other potential defences such as alibi or accident are prejudiced. This reduces the accused's chance of obtaining an unqualified acquittal;

(d) leaving the accused to combat the inevitable inference that he or she is, because of mental illness, the type of person who would have likely committed the offence.

(e) giving to the [Crown] a strategic tool whereby a person may be deprived of his liberty upon proof to a

La règle de common law

Comme le Juge en chef, j'estime qu'il est inutile de traiter des art. 9 et 15 de la *Charte* puisque je suis d'accord avec lui que la règle de common law énoncée dans les arrêts *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337, et *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, porte atteinte au droit à la liberté que confère l'art. 7 à l'accusé parce qu'elle lui enlève le contrôle de ses propres moyens de défense contrairement aux principes de justice fondamentale. Je souscris à l'argument de l'appelant selon lequel permettre au ministre public de présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé équivaut à admettre une atteinte trop importante au droit fondamental d'un accusé de présenter les moyens de défense qui, à son avis, sont dans son meilleur intérêt et de renoncer à ceux qu'il considère ne pas l'être. Je conviens avec l'appelant que permettre à la poursuite de soulever la question de l'aliénation mentale peut fausser complètement le procès en raison de l'effet que cela peut avoir sur les autres moyens de défense soulevés par l'accusé, sur l'évaluation par le jury de sa crédibilité et sur le rôle traditionnel joué par l'avocat de la défense dans un système contradictoire. L'appelant a donné certains exemples de cette déformation:

[TRADUCTION]

a) Imposer à un accusé, qui ne désire pas soulever la défense d'aliénation mentale, le fardeau de démontrer, notamment, qu'il n'est pas dangereux à l'heure actuelle constitue une injustice.

b) Permettre à la poursuite de placer un accusé dans une situation où il doit présenter des moyens de défense incompatibles. Cela peut très bien être contraire aux avis donnés par l'avocat.

c) Discréditer un accusé ou diminuer sa crédibilité de manière à l'empêcher de présenter d'autres moyens de défense possibles, comme l'alibi ou l'accident. Cette situation diminue les chances de l'accusé d'obtenir un acquittement sans réserve.

d) Imposer à l'accusé la tâche de réfuter la conclusion inévitable qu'il est, en raison d'une aliénation mentale, le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction.

e) Accorder au [ministère public] un outil stratégique au moyen duquel une personne peut être privée de sa

standard that is less than beyond a reasonable doubt. In *R. v. Simpson, supra*, Martin J.A. [stated at p. 364]:

Since the evidence of insanity is directed to an acquittal the standard of proof should be on the balance of probabilities, whether the evidence of insanity is led by the prosecution or the defence. It would be strange indeed to have a different standard of proof of insanity leading to the acquittal of the accused depending upon who introduced the evidence. In my view, the learned trial Judge in the present case was correct in charging the jury that the prosecution must prove on a balance of probability that the accused was insane.

(f) permitting the Crown the strategic advantage of urging what may be a compromise verdict where all the jury is not convinced of guilt beyond a reasonable doubt but is satisfied the accused is mentally ill and perhaps dangerous;

(g) permitting the Crown under the auspices of seeking an "acquittal" to press for what in reality is indefinite detention at the pleasure of the Lieutenant-Governor of the province. Thus, a greater period of incarceration may be effected through this vehicle than if the accused were convicted and punished. As insanity constitutes a true defence, which negates *mens rea*, the prosecutor convinced of the validity of the defence need not prosecute the "innocent". If future dangerousness is the Crown's concern which causes them to continue the prosecution of an innocent person for the purpose or raising an insanity defence, then provincial mental health laws are more than adequate to protect that public interest.

The Crown submits, however, that permitting the prosecution to raise the issue of insanity against the wishes of the accused gives effect to another basic tenet of our criminal justice system, one which is embodied in s. 16(1) of the *Criminal Code*, namely that insane persons who are not criminally responsible for their conduct should not be convicted of criminal offences. The Crown contends that, if evidence of the accused's insanity at the time of the commission of the offence is not adduced by either the accused or the prosecution, this principle will be vio-

liberté à la suite d'une preuve établie selon une norme inférieure à celle du doute raisonnable. Dans l'arrêt *R. v. Simpson*, précité, le juge Martin a dit [à la p. 364]:

Étant donné que la preuve de l'aliénation mentale vise à obtenir un acquittement, la norme de preuve devrait être celle de la prépondérance des probabilités, que la preuve d'aliénation mentale soit présentée par la poursuite ou par la défense. Il serait en fait étrange d'appliquer une norme de preuve différente en matière d'aliénation mentale qui entraînerait un acquittement de l'accusé selon la partie qui a présenté l'élément de preuve. À mon avis, le juge du procès en l'espèce était fondé à exposer au jury que la poursuite doit démontrer selon la prépondérance des probabilités que l'accusé souffrait d'aliénation mentale.

f) Accorder au ministère public l'avantage stratégique d'obtenir ce qui peut être considéré comme un verdict de compromis lorsque tous les jurés ne sont pas convaincus de la culpabilité hors de tout doute raisonnable mais sont convaincus que l'accusé souffre d'aliénation mentale et qu'il est peut-être dangereux.

g) Permettre au ministère public tout en cherchant à obtenir un «acquittement» de demander ce qui en réalité est une détention d'une durée indéterminée selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province. Par conséquent, on peut obtenir par ce moyen une plus longue période d'incarcération que si l'accusé était déclaré coupable et puni. Étant donné que l'aliénation mentale constitue un véritable moyen de défense qui nie la *mens rea*, la poursuite convaincue de la validité du moyen de défense n'a pas à poursuivre l'«innocent». Dans le cas où le ministère public continue à poursuivre un innocent dans le but de soulever la défense d'aliénation mentale, par crainte qu'un accusé puisse être dangereux à l'avenir, les lois provinciales sur la santé mentale sont plus qu'adéquates pour protéger cet intérêt public.

Toutefois, le ministère public soutient que permettre à la poursuite de soulever la question de l'aliénation mentale contre le gré de l'accusé permet d'appliquer un autre précepte fondamental de notre système de justice criminelle, qui est formulé dans le par. 16(1) du *Code criminel*, c'est-à-dire que les personnes souffrant d'aliénation mentale qui ne sont pas criminellement responsables de leur conduite ne devraient pas être déclarées coupables d'infractions criminelles. Le ministère public prétend que si une preuve de l'aliénation mentale de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction n'est pas présentée soit par l'accusé soit par la poursuite, ce principe sera

lated and an illegal conviction, i.e., one which flies in the face of s. 16(1), may result.

While I agree that it is a basic tenet of our criminal justice system that insane persons not be convicted of criminal offences, I am not persuaded that to permit the prosecution to introduce evidence of insanity in the course of the trial always promotes this principle or promotes it in a way which is in accord with the principles of fundamental justice.

Under s. 16(4) of the *Criminal Code* the accused is presumed to have been sane at the time he or she committed the offence. The accused who elects not to defend on the basis of insanity relies on this statutory presumption. If I am correct in what I have said about the impact of the common law rule, allowing the prosecution to raise the issue of insanity may substantially reduce the chances of an accused's outright acquittal. It may totally defeat the strategy adopted by the defence and deprive the accused, particularly an accused who turns out to be sane, of the fair trial the adversarial process was designed to ensure. This is a high price to pay to protect the relatively small number of persons going through the criminal justice system who are truly insane and do not wish to raise it in their defence. In cases where the Crown is permitted to introduce evidence of insanity over the accused's objection and does not succeed in proving it, the defence's case may have been destroyed to no avail. His election is simply proved to have been sound but this is cold comfort to him and to his counsel.

I think it should be borne in mind also that another consequence of allowing the prosecution to adduce evidence of insanity is that the accused may well face consequences more harmful to him than a conviction. An insane acquittee is detained at the pleasure of the Lieutenant Governor, often for a period exceeding that which would have been possible upon conviction. He must also live with the stigma of being held to be both a criminal and insane and may face condi-

violé et il peut en résulter une déclaration de culpabilité illégale, c'est-à-dire qui va à l'encontre du par. 16(1).

Je conviens que, selon un précepte fondamental de notre système de justice criminelle, les personnes souffrant d'aliénation mentale ne doivent pas être déclarées coupables d'infractions criminelles, mais je ne suis pas convaincue que permettre à la poursuite d'introduire au procès une preuve d'aliénation mentale valorise toujours ce principe ou le fasse valoir d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale.

Aux termes du par. 16(4) du *Code criminel*, l'accusé est présumé avoir été sain d'esprit au moment où il a commis l'infraction. L'accusé qui choisit de ne pas se défendre en invoquant l'aliénation mentale se fonde sur cette présomption établie par la loi. Si ce que j'ai dit au sujet de l'effet de la règle de common law est correct, permettre à la poursuite de soulever la question de l'aliénation mentale peut réduire de façon importante les chances d'acquiescement sans condition d'un accusé. Cela peut faire échouer complètement la stratégie adoptée par la défense et priver l'accusé, particulièrement un accusé sain d'esprit, du procès équitable que le système contradictoire était destiné à lui assurer. C'est un prix élevé à payer pour protéger le nombre relativement restreint de personnes qui passent dans le système de justice criminelle et qui souffrent véritablement d'aliénation mentale mais qui ne désirent pas le soulever dans leur défense. Dans les cas où le ministère public peut présenter une preuve d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé et où il ne réussit pas à la démontrer, les arguments de la défense peuvent avoir été annihilés pour rien. Il en ressort simplement que le choix de l'accusé était judicieux, mais c'est une maigre consolation pour lui ou pour son avocat.

Je suis d'avis qu'il faut également se rappeler que permettre à la poursuite de présenter une preuve d'aliénation mentale a aussi pour conséquence que l'accusé peut en subir des effets plus néfastes que s'il était déclaré coupable. La personne acquittée pour cause d'aliénation mentale est détenue selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur, souvent pour une période excédant celle qui aurait été possible à la suite de la déclaration de culpabilité. Elle doit égale-

tions worse than those obtaining in prison. The intervenor, the Canadian Disability Rights Council, described the Penetanguishene Mental Health Centre in which the appellant initially spent some time and in which 130 of Canada's inmates on Lieutenant Governor's warrants are detained as:

... a highly coercive environment emphasizing rules and regulations rather than personal rights. At Oak Ridge, there are steel gates which are double locked. The gates are deadlocked from the end of the corridor, from 10:30 at night to 6:30 or 7:00 in the morning. The windows in the inmates' rooms have bars. One-third of the patients sleep on concrete slabs. The rooms want for cleanliness. There is no cleaning staff. There are metal detectors, a closed circuit television, and an x-ray machine. At night all inmates are locked in individual rooms. Inmates are also locked in their rooms during the day if the staff is short, which is often the case. Inmates who are in the assessment unit are subjected to intense lighting which is left on twenty-four hours a day. In some parts of the facility, there are no temperature controls. There is one psychiatrist for all the inmates at Oak Ridge and he spends one-fifth of his time away from the facility. Consequently the facility uses inmates on LGW's to act as therapists for one another. In the name of treatment, inmates of one of the units are forbidden to speak to each other during the course of an ordinary day.

It is my view that society's interest in ensuring that persons who are not criminally responsible are not convicted cannot override the right of an accused to control his own defences and to forego the defence of insanity if this is in his interests. As I stated in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1313 and 1316:

To compel an accused to accept a jury trial when he or she considers a jury trial a burden rather than a benefit

ment vivre avec l'opprobre d'être considérée à la fois comme criminelle et aliénée et peut devoir faire face à des conditions pires que celles vécues en prison. L'intervenant le Conseil canadien des droits des personnes handicapées a décrit de la manière suivante le Penetanguishene Mental Health Centre où l'appelant a initialement passé quelque temps et où 130 détenus canadiens sont gardés en vertu de mandats du lieutenant-gouverneur:

[TRADUCTION] ... un environnement hautement coercitif qui met l'accent sur les règles et les règlements plutôt que sur les droits de la personne. À Oak Ridge, il y a des grilles d'acier qui sont fermées à double tour. Les grilles sont cadenassées au bout du corridor, de 22 h 30 à 6 h 30 ou 7 h. Les fenêtres des chambres des détenus sont munies de barreaux. Le tiers des patients dorment sur des dalles de béton. La propreté des chambres laisse à désirer. Il n'y a pas de personnel d'entretien. Il y a des détecteurs de métal, un système de télévision en circuit fermé et un appareil à rayons X. La nuit, tous les détenus sont enfermés dans des chambres individuelles. Les détenus sont également enfermés dans leur chambre le jour s'il n'y a pas suffisamment de personnel, ce qui est souvent le cas. Les détenus gardés dans l'unité d'évaluation sont soumis à un éclairage intense 24 heures par jour. Dans certaines parties de l'établissement, il n'y a pas de thermostat. Il y a un seul psychiatre pour tous les détenus à Oak Ridge et il passe le cinquième de son temps hors de l'établissement. En conséquence, on demande aux détenus en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur d'agir comme thérapeutes les uns des autres. Sous prétexte de traitement, les détenus de l'une des unités n'ont pas le droit de parler entre eux au cours d'une journée ordinaire.

Je suis d'avis que l'intérêt de la société à veiller à ce que les personnes qui ne sont pas criminellement responsables ne soient pas déclarées coupables ne peut l'emporter sur le droit d'un accusé de contrôler ses propres moyens de défense et de renoncer à la défense d'aliénation mentale si c'est dans son intérêt. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pp. 1313 et 1316:

Obliger l'accusé à subir un procès avec jury quand il considère qu'un tel procès constitue un fardeau plutôt qu'un avantage semblerait revenir, pour reprendre l'expression du juge Frankfurter, [TRADUCTION] «à enchaî-



would appear, in Frankfurter J.'s words, "to imprison a man in his privileges and call it the Constitution".

ner un homme à ses privilèges et [à] qualifier cela de Constitution».

... in the case of individual constitutional rights ... an accused cannot be compelled to take advantage of rights intended for his or her benefit even if such rights may have a public interest aspect.

... dans le cas de droits constitutionnels protégeant l'individu ... un accusé ne saurait être forcé de se prévaloir de droits destinés à le favoriser même si ces droits peuvent présenter un intérêt pour la société.

A number of writers in the United States have expressed the same view. Cohn in "Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection" (1988), 15 *Hastings Const. L.Q.* 295, states at p. 313:

Un certain nombre d'auteurs américains ont exprimé la même opinion. Cohn dans «Offensive Use of the Insanity Defense: Imposing the Insanity Defense Over the Defendant's Objection» (1988), 15 *Hastings Const. L.Q.* 295, dit à la p. 313:

The Constitution does not explicitly guarantee the right to select personally one's available defenses to criminal prosecution. However, the imposition of an unwanted defense contravenes the very nature of our criminal justice system. Even if the wresting of control from an accused does not violate due process per se, it violates our basic notion of a fair trial. The enumerated rights of trial by jury, confrontation of witnesses, assistance of counsel, and the right against self-incrimination, as well as the vaguer notion of due process, are all simply accoutrements to the basic Anglo-American concept of a fair trial as it has developed over the centuries. The right to select personally one's defenses, though not an enumerated right, is central to this idea of a fair trial. Indeed, it is inherent in our constitutional framework of criminal jurisprudence.

[TRADUCTION] La Constitution ne garantit pas de façon explicite à une personne le droit de choisir ses moyens de défense contre une poursuite criminelle. Toutefois, l'imposition d'un moyen de défense indésiré porte atteinte à la nature même de notre système de justice criminelle. Même si le fait de retirer le contrôle à un accusé ne viole pas en soit l'application régulière de la loi, il viole notre notion fondamentale d'un procès équitable. Les droits énumérés à un procès par jury, à l'interrogatoire des témoins, à l'assistance d'un avocat, et le droit contre l'auto-incrimination, de même que la notion plus vague de l'application régulière de la loi, ne sont que des façons d'appliquer le concept anglo-américain fondamental du procès équitable tel qu'il a été élaboré au cours des siècles. Le droit de choisir personnellement ses propres moyens de défense, bien qu'il ne soit pas un droit énuméré, est essentiel à cette conception d'un procès équitable. En fait, il est inhérent à notre cadre constitutionnel de jurisprudence en matière criminelle.

Cohn concludes that, subject to the traditional limitation under American law that waivers be intelligent and voluntary, a competent defendant should be able to waive a viable insanity defence just as he or she may enter a guilty plea or waive his or her constitutional right to counsel. Singer in "The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant" (1980), 41 *Ohio St. L.J.* 637, shares Cohn's opinion and also states, at p. 660, that an accused's right to enter a guilty plea or choose his or her own defences is tied in with the right to counsel. She states that if counsel for the accused has advised him or her to avoid an insanity plea for pragmatic or tactical reasons and the court refuses to accept this decision, then the accused's right to effective assistance from counsel is compromised because the court's decision

Monsieur Cohn conclut que, sous réserve de la restriction traditionnelle aux termes du droit américain selon laquelle les renonciations doivent être réfléchies et volontaires, un défendeur habile devrait être en mesure de renoncer à un moyen de défense viable fondé sur l'aliénation mentale tout comme il peut présenter un plaidoyer de culpabilité ou renoncer à son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. Singer dans «The Imposition of the Insanity Defense on an Unwilling Defendant» (1980), 41 *Ohio St. L.J.* 637, partage l'opinion de M. Cohn et dit également que le droit d'un accusé de présenter un plaidoyer de culpabilité ou de choisir ses propres moyens de défense est lié au droit à l'assistance d'un avocat. Elle ajoute que si l'avocat de l'accusé lui a conseillé d'éviter de plaider l'aliénation mentale pour des rai-

negates and overrides any expert advice that counsel has given.

Also of interest in these two articles is the examination of the American case law on the subject. Both writers identify two lines of American authority. The first is found in *Whalem v. United States*, 346 F.2d 812 (D.C. Cir. 1965), where the court held that since society only has an interest in punishing those who are morally culpable, trial judges have a discretion to raise the defence over the objections of the defendant. On the other hand in *Frendak v. United States*, 408 A.2d 364 (D.C. Ct. App. 1979), the court held that the trial judge must defer to the wishes of an accused if the defence is waived "intelligently and voluntarily". If an accused freely and with full knowledge of the alternatives and consequences waives the insanity defence, then the court cannot independently impose the defence. Other courts' responses to these two conflicting authorities have been mixed. Some jurisdictions follow *Whalem* and others *Frendak*.

I am of the view that the proper approach under our *Charter* is the one adopted in *Frendak*. I conclude, therefore, that the Court of Appeal erred in deciding that the trial judge properly allowed the Crown to raise the insanity defence over the objections of the accused. I find that doing so infringed the accused's rights under s. 7.

### Section 1 of the Charter

In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, this Court summarized the criteria enunciated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, which a proponent of a limitation on *Charter* rights must address. At page 768, Dickson C.J. said:

sons pragmatiques ou tactiques et que le tribunal refuse d'accepter cette décision, alors le droit de l'accusé à l'assistance efficace d'un avocat est compromis parce que la décision de la cour annihile ou neutralise les conseils d'expert que l'avocat a donnés.

De plus, ce qui est intéressant dans ces deux articles, c'est l'examen de la jurisprudence américaine sur le sujet. Les deux auteurs font ressortir deux courants jurisprudentiels américains. Le premier découle de l'arrêt *Whalem v. United States*, 346 F.2d 812 (D.C. Cir. 1965), dans lequel la cour a conclu que, puisque la société n'est intéressée à punir que ceux qui sont moralement coupables, les juges du procès ont le pouvoir discrétionnaire de soulever le moyen de défense malgré les objections du défendeur. Par ailleurs, dans l'arrêt *Frendak v. United States*, 408 A.2d 364 (D.C. Ct. App. 1979), la cour a conclu que le juge du procès doit respecter le choix d'un accusé s'il renonce au moyen de défense [TRADUCTION] «volontairement et en connaissance de cause». Si, librement et en pleine connaissance des choix possibles et des conséquences, un accusé renonce à la défense d'aliénation mentale, alors le tribunal ne peut de lui-même l'imposer. Les réponses des autres tribunaux à l'égard de ces deux arrêts contraires ont été diverses. Certains tribunaux appliquent l'arrêt *Whalem* et d'autres l'arrêt *Frendak*.

Je suis d'avis que la position qui convient aux termes de notre *Charte* est celle qui a été adoptée dans l'arrêt *Frendak*. Par conséquent, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a décidé que le juge du procès avait, à bon droit, permis au ministère public de soulever la défense d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé. Je suis d'avis que cette façon de procéder a porté atteinte aux droits que l'art. 7 confère à l'accusé.

### L'article premier de la Charte

Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, notre Cour a résumé le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, dont doit tenir compte celui qui propose une restriction aux droits conférés par la *Charte*. À la page 768, le juge en chef Dickson a dit:

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.

It is my view that the common law rule cannot be saved under s. 1 of the *Charter* as a reasonable and justified limit on the accused's right to control his own defences. I fully acknowledge the importance of the concern to which the common law rule is directed, namely that insane persons not be convicted of criminal offences. I agree with Lamer C.J. that this goal is of sufficient magnitude to warrant overriding a constitutionally guaranteed right or freedom and that allowing the Crown to raise the issue of insanity during the trial is a rational means of furthering this objective. I agree with him also that there are alternative means of ensuring that the insane not be convicted which do not impinge as severely upon an accused's s. 7 rights. In my view, the present common law rule cannot constitute a reasonable limit because of the dramatic impact it has on defence strategy and the role of defence counsel. I would respectfully agree with Professor Stuart who, commenting on the decision in *Simpson* in *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), states at pp. 344-45:

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.

Je suis d'avis que la règle de common law ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable et justifiée imposée au droit de l'accusé de contrôler sa propre défense. Je reconnais tout à fait l'importance de la préoccupation que vise la règle de common law, c'est-à-dire que les personnes souffrant d'aliénation mentale ne soient pas déclarées coupables d'infractions criminelles. Je souscris à l'opinion du juge en chef Lamer que ce but a suffisamment d'importance pour justifier une dérogation à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution et que permettre au ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès constitue un moyen rationnel pour atteindre cet objectif. Je suis également d'accord avec lui que, pour veiller à ce que l'aliéné mental ne soit pas déclaré coupable, il existe d'autres moyens qui ne portent pas aussi gravement atteinte aux droits que l'art. 7 confère à un accusé. À mon avis, la présente règle de common law ne peut constituer une limite raisonnable en raison de l'effet important qu'elle a sur la stratégie de la défense et sur le rôle de l'avocat de la défense. Avec égards, je souscris à l'opinion du professeur Stuart qui, dans le cadre d'observations sur la décision *Simpson* dans *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2<sup>e</sup> ed. 1987), dit aux pp. 344 et 345:

Although this decision represents a most conscientious attempt to reach a wise compromise, it is submitted that the decision to allow a prosecutor to adduce the insanity evidence is unfortunate. It is difficult to understand the concern that otherwise a conviction will be registered without the appropriate defence having been tendered. Where evidence has not been led, it seems inappropriate for the judge and certainly for the prosecutor, to speculate as to what the appropriate defence should be. Allowing the prosecutor or even the judge to call evidence might well prejudice another valid defence and betray the adversary system. Surely any possibility that this might be so should be resolved by a rule in favour of the defence rather than conferring an uncertain discretion on the trial judge? There is something decidedly odd and thoroughly confusing about a prosecutor seeking to have an accused acquitted and the accused fighting strenuously to be convicted. [Citations omitted.]

I part company with the Chief Justice over the application of the minimal impairment branch of the *Oakes* test in the circumstances of this case. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court adopted a less rigorous standard of review under this branch of the proportionality test. In doing so, the Court explained why this softening of the *Oakes* requirement that the limit “impair as little as possible” the right in question was simply not appropriate in all cases. At page 993 Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) and I stated:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature’s deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature’s representative function. [Emphasis added.]

[TRANSLATION] Bien que cette décision représente une tentative des plus consciencieuses pour parvenir à un compromis judicieux, je soutiens que la décision de permettre à la poursuite de présenter la preuve de l’aliénation mentale est regrettable. Il est difficile de comprendre la crainte que, dans le cas contraire, une déclaration de culpabilité ne soit inscrite sans que le moyen de défense approprié n’ait été présenté. Lorsque la preuve n’a pas été produite, il ne semble pas convenable que le juge, et à plus forte raison la poursuite, fasse des conjectures sur le moyen de défense approprié. Permettre à la poursuite ou même au juge de présenter des éléments de preuve peut très bien causer un préjudice à un autre moyen de défense valide et porter atteinte au système contradictoire. Assurément, toute possibilité qu’une telle situation se produise ne devrait-elle pas être résolue par une règle favorable à la défense plutôt que par l’attribution d’un pouvoir discrétionnaire aléatoire au juge du procès? Décidément, il y a quelque chose d’étrange et de tout à fait troublant à ce que la poursuite cherche à faire acquitter un accusé et que celui-ci s’efforce avec acharnement d’être déclaré coupable. [Références omises.]

Toutefois, je ne puis souscrire à l’opinion du Juge en chef quant à l’application du volet sur l’atteinte minimale du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* dans les circonstances de l’espèce. Dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a adopté une norme d’examen moins rigoureuse en application de ce volet du critère de la proportionnalité. Elle a alors expliqué pour quelle raison cet adoucissement de l’exigence de l’arrêt *Oakes* selon laquelle la restriction doit «porter atteinte le moins possible» au droit en question ne convenait tout simplement pas dans tous les cas. À la page 993, le juge en chef Dickson, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) et moi-même avons dit:

Pour trouver le point d’équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l’évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l’esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. [Je souligne.]

Though regard had to be paid to the vital role the legislature plays in a representative democracy, the Court nonetheless made it clear that it would not be in all cases that such deference should prevail over exacting scrutiny. At page 994 it was said:

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justifying an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramountcy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions.

Both of the principles articulated in *Irwin Toy* have been brought to bear in a unique way in this appeal. We are dealing here, not with a rule of law developed through the legislative process, but rather a common law rule created by the judiciary. In such circumstances, there is no room for deference to the legislature: the task of making "difficult choices" falls squarely on the court. It is also important to bear in mind the nature of the right at stake in this appeal. Inasmuch as this dispute centres around the right of the prosecution to raise insanity against the wishes of the accused, we are dealing here with a situation in which the state is acting as the "singular antagonist" seeking to limit the accused's s. 7 interests.

Section 7 of the *Charter* guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived of that right except in accordance with the principles of fundamental justice. The section guarantees rights which are fundamental to any free and democratic society and, as such, cannot be easily overridden. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, I expressed the view that if a

Bien qu'il faille tenir compte du rôle vital du législateur dans une démocratie représentative, la Cour a néanmoins établi clairement que ce n'est pas dans tous les cas qu'un tel respect devrait prévaloir sur un examen exigeant. À la page 994, la Cour a dit:

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions.

Les deux principes énoncés dans l'arrêt *Irwin Toy* s'appliquent au présent pourvoi de façon très particulière. Nous traitons en l'espèce, non pas d'une règle de droit élaborée par le pouvoir législatif, mais plutôt d'une règle de common law créée par le pouvoir judiciaire. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de s'en remettre au législateur: il incombe directement à la cour de faire des «choix difficiles». Il importe également de ne pas oublier la nature du droit en jeu dans le présent pourvoi. Dans la mesure où le présent litige porte sur le droit de la poursuite de présenter la défense d'aliénation mentale contre le gré de l'accusé, nous traitons en l'espèce d'une situation dans laquelle l'État agit à titre d'«adversaire singulier» qui cherche à restreindre les intérêts de l'accusé à l'égard de l'art. 7.

L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il garantit des droits qui sont fondamentaux dans toute société libre et démocratique et, à ce titre, on ne peut y déroger facilement. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, j'ai exprimé l'opinion

limit on a s. 7 right has been achieved through a violation of the principles of fundamental justice, the enquiry comes to an end and there is no need to consider the application of s. 1. At page 523 I explained:

I say this because I do not believe that a limit on the s. 7 right which has been imposed in violation of the principles of fundamental justice can be either "reasonable" or "demonstrably justified in a free and democratic society". The requirement in s. 7 that the principles of fundamental justice be observed seems to me to restrict the legislature's power to impose limits on the s. 7 right under s. 1.

Similarly, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, I stated that it would be a rare provision which violated the principles of fundamental justice and could nevertheless be justified under s. 1.

It seems to me that in a case such as this where what is at issue is a common law rule which impinges upon a *Charter* guarantee central to the proper administration of the criminal justice system, it is incumbent upon the court, in applying the minimal impairment branch of *Oakes* and attempting to fashion a new common law rule, to select the most constitutionally sound means possible for furthering the government's objective. This does not, of course, mean that the court should adjudicate in a definitive way upon complex constitutional questions which are not properly before it. In practical terms, however, it does mean that it is not enough for the court to proffer alternatives which, although they may impair the right to a lesser extent than the existing common law rule, can not themselves meet the minimal impairment test or satisfy the other branches of the *Oakes* inquiry. Nor will it suffice to settle upon a new common law rule which seems *prima facie* to fall foul of other *Charter* guarantees and not be justifiable as a reasonable limit under s. 1. In other words, it is my view that in a case such as the present the court is charged with the responsibility of modifying the common law so as to make it constitutional in all its dimensions.

que si une limite imposée au droit garanti par l'art. 7 résulte de la violation des principes de justice fondamentale, l'examen prend fin et il n'est pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier. À la page 523, j'ai expliqué:

J'affirme cela parce que je ne crois pas qu'une limite au droit garanti par l'art. 7, qui a été imposée contrairement aux principes de justice fondamentale puisse être «raisonnable» ni que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'exigence, que l'on trouve à l'art. 7, d'observer les principes de justice fondamentale me semble restreindre le pouvoir du législateur d'imposer des limites au droit garanti par l'art. 7, que lui confère l'article premier.

De même, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, j'ai dit qu'une disposition qui viole les principes de justice fondamentale pourrait rarement être justifiée aux termes de l'article premier.

Il me semble que dans un cas comme l'espèce, où la question vise une règle de common law qui porte atteinte à l'une des garanties de la *Charte* les plus essentielles à la bonne administration de la justice, il incombe à la cour, en appliquant le volet de l'atteinte minimale du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et en tentant d'élaborer une nouvelle règle de common law, de choisir les moyens les plus valables possibles du point de vue constitutionnel pour favoriser les objectifs du gouvernement. Il va sans dire que cela ne signifie pas que la cour devrait statuer de façon définitive sur des questions constitutionnelles complexes dont elle n'est pas saisie de façon régulière. En termes pratiques, cela signifie qu'il ne suffit pas que la cour présente des solutions qui, bien qu'elles soient susceptibles de porter atteinte aux droits dans une moindre mesure que la règle de common law actuelle, ne peuvent satisfaire au critère de l'atteinte minimale ou aux autres critères de l'arrêt *Oakes*. Il ne suffit pas non plus de convenir d'une nouvelle règle de common law qui semble de prime abord porter atteinte à d'autres garanties de la *Charte* et ne pas se justifier en vertu de l'article premier. En d'autres termes, je suis d'avis que, dans un cas comme l'espèce, la cour est chargée de modifier la common law de façon à la rendre conforme à la Constitution dans tous ses aspects.

Before turning to alternatives to the present common law rule, there is one other aspect of this appeal which deserves mention. As noted earlier, s. 16(1) of the *Code* by its terms mandates an inquiry into the sanity of the accused at some point prior to the entry of a conviction. The constitutionality of this provision has not been challenged in this case. The Court must, therefore, in this case seek a modification of the common law rule which will not only be constitutional but comply with the provisions of the *Criminal Code* as well.

While I agree with the Chief Justice that modifying the existing common law rule so as to give the prosecution only a conditional right to introduce evidence of insanity during the course of the trial, i.e., in circumstances where the accused has himself put his mental capacity in issue, is a less intrusive means of achieving the government objective, I am not sure that such modified common law rule can itself survive full *Charter* scrutiny. In my view, permitting the Crown to raise insanity during the course of the trial, even if that permission is conditional, still infringes upon the accused's right to control his defences for the reasons expressed earlier. Nor can it satisfy the minimal impairment branch of the *Oakes* test because, although it is a less intrusive means of accomplishing the government's objective, it is not the least intrusive means of doing so.

I believe, moreover, that conferring on the prosecution a conditional right to raise the issue of insanity during the course of the trial infringes upon the equality rights of the mentally disabled under s. 15 of the *Charter*. It denies the mentally disabled, a group in our society which has been negatively stereotyped and historically disadvantaged, the control over their defences reposed in other accused persons and does so in a way which is discriminatory. In denying the mentally disabled personal autonomy in decision-making it reinforces the stereotype that they are incapable of rational thought and the ability to look after their own interests. In a word, it denies them equality

Avant de passer aux solutions de rechange à la règle de common law actuelle, il convient de mentionner un autre aspect du présent pourvoi. Comme je l'ai déjà signalé, aux termes du par. 16(1) du *Code*, l'état de la santé mentale de l'accusé doit être vérifié à un certain moment avant qu'une déclaration de culpabilité soit inscrite. La constitutionnalité de cette disposition n'est pas contestée en l'espèce. Par conséquent, la Cour doit tenter de trouver à la règle de common law une modification qui sera non seulement constitutionnelle, mais également conforme aux dispositions du *Code criminel*.

Bien que je souscrive à l'opinion du Juge en chef que le fait de modifier la règle de common law actuelle de manière à accorder à la poursuite seulement un droit conditionnel de présenter une preuve d'aliénation mentale au cours du procès, c'est-à-dire, dans les circonstances où l'accusé a lui-même soulevé la question de sa capacité mentale, constitue un moyen moins envahissant d'atteindre l'objectif du gouvernement, je ne suis pas certaine qu'une telle règle de common law modifiée soit pleinement conforme à la *Charte*. À mon avis, le fait de permettre au ministère public de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès, même si cette permission est conditionnelle, entraîne toujours la violation du droit de l'accusé de contrôler ses moyens de défense, pour les mêmes motifs que j'ai mentionnés précédemment. Cette règle ne pourra pas non plus répondre au critère de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* parce que, bien que ce soit un moyen moins envahissant d'atteindre l'objectif du gouvernement, ce n'est pas le moyen le moins envahissant.

Je crois, en outre, que le fait d'accorder à la poursuite le droit conditionnel de soulever la question de l'aliénation mentale au cours du procès porte atteinte aux droits à l'égalité des déficients mentaux garantis à l'art. 15 de la *Charte*. Cela prive, et ce, de façon discriminatoire, les déficients mentaux, un groupe de notre société qui a souffert de stéréotypes et a toujours été défavorisé, du contrôle de leurs moyens de défense qui est accordé aux autres accusés. Enlever aux déficients mentaux l'autonomie de prendre leurs propres décisions vient renforcer le stéréotype voulant qu'ils soient incapables de penser de façon rationnelle et de s'occuper de leurs propres intérêts.

with other accused persons under the guise, putting it at its best, of a benign paternalism. The prosecution's conditional right will only pass constitutional muster, in my view, if it can be shown that there exists no alternative that achieves the same objective without limiting the accused's s. 7 or s. 15 rights or at least limiting them to a significantly lesser degree.

It seems to me that the principle advanced in support of the prosecution's right to introduce evidence of insanity can be effectively implemented by having the issue of the accused's insanity raised at the conclusion of the trial in cases where the defences put forward by the accused have been rejected and the essential elements of the offence have been established by the prosecution beyond a reasonable doubt. At that point I think either party should be free to raise the issue of the accused's insanity. I realize, of course, that there is an element of circularity involved in this approach in that insanity has a direct bearing on proof of *mens rea*. However, I prefer this approach since it both respects the accused's right to waive the defence of insanity and ensures that any resultant prejudice he suffers in the finding of guilt flows from his own decision not to avail himself of the defence and not as a consequence of the prosecution's having raised the issue in the middle of the trial process.

In my view, if the prosecution's right to raise the issue of the accused's insanity is confined as I have suggested, the requirements of s. 16(1) are satisfied and no infringement of the accused's trial rights under either s. 7 or s. 15 are involved. I express no opinion as to whether any other constitutional rights of the accused, other than his trial rights, are infringed by such a rule or by s. 16(1) of the *Code* and, if so, whether any such infringement would be saved by s. 1 since this is not, for obvious reasons, before us.

I should add that I recognize that restricting the Crown's right to introduce the issue of insanity only

Autrement dit, ils sont ainsi privés de l'égalité avec les autres accusés sous le couvert, au mieux, d'un paternalisme bienveillant. Le droit conditionnel de la poursuite ne sera acceptable du point de vue constitutionnel, à mon avis, que si l'on peut démontrer qu'il n'existe aucune autre solution qui permette d'atteindre le même objectif sans restreindre les droits conférés à l'accusé par les art. 7 et 15, ou du moins en leur imposant des limites sensiblement moins importantes.

Il me semble que le principe avancé pour appuyer le droit de la poursuite de présenter une preuve d'aliénation mentale peut être pleinement respecté en autorisant que la question de l'aliénation mentale de l'accusé soit soulevée à la conclusion du procès suite au rejet des moyens de défense de l'accusé et alors que les éléments essentiels de l'infraction ont été établis par la poursuite hors de tout doute raisonnable. À ce stade, je suis d'avis que l'une ou l'autre partie devrait être libre de soulever la question de l'aliénation mentale de l'accusé. Évidemment, je me rends compte que cette position comporte un aspect tautologique étant donné que l'aliénation mentale a un effet direct sur la preuve de la *mens rea*. Toutefois, je préfère adopter cette position étant donné qu'à la fois elle respecte le droit de l'accusé de renoncer à la défense d'aliénation mentale et elle fait en sorte que tout préjudice qu'il pourrait subir en raison de la déclaration de culpabilité découle de sa propre décision de ne pas se prévaloir de ce moyen de défense et non du fait que la poursuite a soulevé la question au milieu du procès.

À mon avis, si le droit de la poursuite de soulever la question de l'aliénation mentale de l'accusé est restreint, comme je le propose, les exigences du par. 16(1) sont satisfaites et il n'est pas porté atteinte aux droits dont jouit l'accusé au cours du procès en vertu de l'art. 7 ou l'art. 15. Je ne formule pas d'opinion sur la question de savoir si d'autres droits constitutionnels de l'accusé sont violés par une telle règle ou le par. 16(1) du *Code* et, s'ils le sont, si cette atteinte serait justifiée en vertu de l'article premier, car nous ne sommes pas, pour des raisons évidentes, saisis de cette question.

Il convient d'ajouter que je reconnais que le fait de restreindre le droit du ministère public en ne l'autori-



after an accused has been found guilty may well result in some accuseds who are in fact insane being acquitted of criminal charges and thereby escaping incarceration under the *Criminal Code* entirely. To some, no doubt, this would amount to a failure of our criminal justice system. In my view, however, the incarceration of those persons in institutes for the criminally insane is neither mandated by the principles of fundamental justice nor by the *Criminal Code*. Section 16(1) of the *Code* only makes it illegal to convict an insane person of a criminal offence. The potential risk of the criminally insane eluding the reach of the criminal law remains, in other words, a matter for Parliament if it views the civil commitment procedures instituted by the provincial legislatures as inadequate for the proper protection of the public.

In conclusion, it is my view that while preventing insane persons from being convicted of criminal offences is an important objective, it is not of sufficient importance to justify overriding such a fundamental constitutional right of the accused as is in issue here, particularly where the objective can be achieved by the less intrusive means I have suggested. I would therefore allow the appeal and enter a stay of proceedings. I would answer the constitutional questions in the manner indicated by the Chief Justice.

I agree with Lamer C.J.'s conclusion for the reason given by him that a transitional period in the terms he has outlined is required in order to deal with the consequences of a finding by this Court that s. 542(2) of the *Criminal Code* is of no force or effect.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the opinions of Chief Justice Lamer and Justices Wilson and

sant pas à présenter la question de l'aliénation mentale avant que l'accusé n'ait été déclaré coupable peut avoir pour effet que certains accusés qui, en fait, souffrent d'aliénation mentale seront acquittés et échapperont ainsi totalement à l'incarcération prévue au *Code criminel*. Il va sans dire que, pour certaines personnes, cette situation équivaudrait à un échec de notre système de justice criminelle. À mon avis toutefois l'incarcération de ces personnes dans des établissements pour les criminels souffrant d'aliénation mentale n'est requise ni par les principes de justice fondamentale ni par le *Code criminel*. Le paragraphe 16(1) du *Code* prévoit seulement qu'il est illégal de déclarer coupable d'une infraction criminelle une personne souffrant d'aliénation mentale. Le risque qu'un criminel souffrant d'aliénation mentale se place hors de portée de la loi demeure en d'autres termes une question qui relève du législateur s'il juge que les procédures civiles d'internement prévues par les législatures provinciales ne sont pas adéquates pour bien protéger le public.

En conclusion, je suis d'avis qu'empêcher des personnes souffrant d'aliénation mentale d'être déclarées coupables d'infractions criminelles constitue un objectif important, mais il ne l'est pas suffisamment pour justifier une dérogation à un droit constitutionnel de l'accusé aussi fondamental que celui en l'espèce, particulièrement lorsque l'objectif peut être atteint par les moyens moins envahissants que j'ai proposés. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière indiquée par le Juge en chef.

Je souscris à la conclusion du juge en chef Lamer, pour les motifs qu'il mentionne, qu'il faut prévoir une période transitoire selon les modalités qu'il a énoncées pour pallier aux conséquences d'une décision de notre Cour disposant que le par. 542(2) du *Code criminel* est inopérant.

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge en chef Lamer et de

L'Heureux-Dubé. I share the conclusions of the Chief Justice and substantially agree with his reasons.

I am in agreement that what has become known as the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) provides a useful analytical framework to assess conformity of the existing common law rule to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but it is not a necessary one particularly as neither of the two principles of freedom of the accused in the conduct of his defence and of sanity as an essential element to criminal responsibility is pre-eminent. Both are to be implemented to the greatest possible extent.

I would however depart from the analysis made by the Chief Justice inasmuch as he considers that the latter principle should not necessarily enter into the determination of a breach of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. This principle which is stated in mandatory terms in s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, pertains to the integrity of the justice system itself. While an accused in exercising his right to conduct his defence as he sees fit may choose not to invoke this principle, it remains incumbent upon the justice system to ensure that it is respected. In other words, even though this principle benefits the accused, it is not open to him to deny it effect, any more than he is entitled to assume guilt when he is innocent.

I also respectfully differ with the Chief Justice's statement that the objective of non-interference with the defence of the accused may be met by the Crown's not prosecuting. While this is factually correct, I am of the view that this answer is inappropriate. To rely on the exercise of prosecutorial discretion to ensure respect for the principle that sanity is essential to criminal responsibility entails substituting such discretion to adjudication and is a denial of judicial process. This is particularly significant where the issue is clouded with uncertainty and can therefore best be resolved through the judicial process. It is akin to saying that the deficiencies, let alone the unconstitutionality of a law, can be remedied by not resorting to it. Rather, the trial process itself must allow for the recognition and implementation of the principle. I agree with the Chief Justice that this need

ceux des juges Wilson et L'Heureux-Dubé. J'arrive aux mêmes conclusions que le Juge en chef et je souscris à la majeure partie de ses motifs.

Je suis d'accord que ce que l'on appelle maintenant le critère de l'arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) fournit un cadre d'analyse utile pour déterminer si la règle de common law actuelle est conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais ce cadre n'est pas essentiel, ceci d'autant plus que ni le principe relatif à la liberté de l'accusé de mener sa défense ni celui de la santé mentale comme élément essentiel de la responsabilité criminelle ne l'emporte sur l'autre. L'un et l'autre doivent être appliqués dans toute la mesure du possible.

Je m'écarte toutefois de l'analyse que fait le Juge en chef lorsqu'il considère que ce dernier principe ne devrait pas nécessairement compter pour déterminer s'il y a eu violation de la justice fondamentale garantie par l'art. 7 de la *Charte*. Ce principe que l'art. 16 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, prescrit de façon impérative relève de l'intégrité du système de justice lui-même. Bien qu'un accusé puisse choisir de ne pas invoquer ce principe dans l'exercice de son droit de mener sa défense comme il l'entend, il incombe quand même au système de justice d'en assurer le respect. En d'autres termes, même si ce principe profite à l'accusé, il ne lui est pas loisible d'en écarter les conséquences, pas plus qu'il n'a le droit d'assumer la culpabilité quand il est innocent.

Avec égards, je ne suis pas de l'avis du Juge en chef non plus quand il dit qu'il est possible de réaliser l'objectif de non-intervention dans la défense de l'accusé par l'abstention du ministère public de poursuivre. Bien que ce soit vrai dans les faits, je suis d'avis que cette solution ne convient pas. S'en remettre au pouvoir discrétionnaire de poursuivre pour assurer le respect du principe que la santé mentale est une condition essentielle de la responsabilité criminelle équivaut à substituer ce pouvoir discrétionnaire à une décision judiciaire et écarte le recours en justice. La chose est particulièrement importante lorsque la question en litige est entourée d'incertitude et pourrait donc être mieux tranchée par le processus judiciaire. Cela revient à soutenir qu'il est possible d'obvier aux déficiences d'une loi et même à son inconstitutionnalité en ne l'appliquant pas. Il faut plu-

not interfere with the conduct of the accused's defence.

I am likewise in agreement with the Chief Justice as to the flaws in the present common law rule and as to the "new common law rule" which he sets forth as best reconciling and giving effect to these two principles in a manner consistent with s. 15 of the *Charter*.

I also concur in his reasons and conclusions regarding the other issues in appeal. Accordingly, I would allow the appeal and enter a stay of proceedings and would answer the constitutional questions as he does.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of Chief Justice Lamer and Justice Wilson but, with respect, cannot agree with them nor with the conclusion they reach. At issue in this case is the constitutionality of the legislative scheme which provides for the detention of insane acquitteds (ss. 542-547 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34), as well as the common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity independently.

It is my view that the common law rule allowing the Crown to raise evidence of insanity independently is a principle of fundamental justice consonant with, and indeed, reflective of the values substantially embodied in s. 7 "principles of fundamental justice". Further, I agree with the majority of the Ontario Court of Appeal that s. 542(2) of the *Criminal Code*, viewed within its legislative and operative context, is also fully consistent with *Charter* guarantees. I am, however, in agreement with both of my colleagues' conclusion that s. 542(2) of the *Criminal Code* is *intra vires* the Parliament of Canada.

tôt prévoir la mise en œuvre de ce principe dans le cadre du procès lui-même. Je suis d'accord avec le Juge en chef que son application ne comporte pas forcément d'entrave à la liberté de l'accusé de mener sa défense.

Je partage aussi l'avis du Juge en chef au sujet des failles de la règle de common law actuelle et quant à la «nouvelle règle de common law» qu'il énonce et qu'il considère comme pouvant le mieux concilier l'application de ces deux principes de façon conforme à l'art. 15 de la *Charte*.

Je souscris aussi à ses motifs et à ses conclusions au sujet des autres questions en litige dans le présent pourvoi. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures et de répondre aux questions constitutionnelles comme il le fait.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge en chef Lamer et de ceux du juge Wilson mais, avec déférence, je ne puis être d'accord ni souscrire à leur conclusion. Les questions en litige dans ce pourvoi-ci touchent la constitutionnalité du régime législatif qui prévoit la détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale (art. 542 à 547 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34), ainsi que de la règle de common law qui permet au ministre public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale.

J'estime que la règle de common law en vertu de laquelle le ministre public peut faire indépendamment une preuve d'aliénation mentale constitue un principe de justice fondamentale qui non seulement s'harmonise avec les valeurs qu'incarnent les «principes de justice fondamentale» de l'art. 7, mais s'en veut le reflet. De plus, je conviens avec la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario que le par. 542(2) du *Code criminel*, analysé dans son contexte législatif et de mise en œuvre, est également tout à fait compatible avec les garanties accordées par la *Charte*. Je partage toutefois la conclusion de mes deux collègues selon laquelle le par. 542(2) du *Code criminel* est *intra vires* du Parlement du Canada.

As I am in substantial agreement with the reasons of Thorson J.A., writing for the majority of the Ontario Court of Appeal, with respect to the alleged s. 7 and s. 9 violations arising out of the legislative scheme, I will focus my remarks on the constitutionality of the common law rule with but brief comments directed to the constitutionality of the legislative provisions.

### Relevant Statutory Provisions

For ease of reference, I will reproduce the law in effect at the time of trial.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34:

542. (1) Where, upon the trial of an accused who is charged with an indictable offence, evidence is given that the accused was insane at the time the offence was committed and the accused is acquitted,

(a) the jury, or

(b) the judge or magistrate, where there is no jury,

shall find whether the accused was insane at the time the offence was committed and shall declare whether he is acquitted on account of insanity.

(2) Where the accused is found to have been insane at the time the offence was committed, the court, judge or magistrate before whom the trial is held shall order that he be kept in strict custody in the place and in the manner that the court, judge or magistrate directs, until the pleasure of the lieutenant governor of the province is known.

545. (1) Where an accused who is, pursuant to this Part, found to be insane, the lieutenant governor of the province in which he is detained may make an order

(a) for the safe custody of the accused in a place and manner directed by him, or

(b) if in his opinion it would be in the best interest of the accused and not contrary to the interest of the public, for the discharge of the accused either absolutely or subject to such conditions as he prescribes.

(2) An accused to whom paragraph (1)(a) applies may, by warrant signed by an officer authorized for that purpose by the lieutenant governor of the province in which he is detained, be transferred for the purposes of

Comme je souscris, pour l'essentiel, aux motifs du juge Thorson qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario en ce qui concerne les violations alléguées des art. 7 et 9 résultant du régime législatif en cause, mes remarques porteront principalement sur la constitutionnalité de la règle de common law, quitte à ajouter de brefs commentaires sur la constitutionnalité des dispositions législatives.

### b Dispositions législatives pertinentes

Pour plus de commodité, je reproduis ici les dispositions en vigueur au moment du procès.

c *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34:

542. (1) Si, lors du procès d'un accusé inculpé d'un acte criminel, il est déposé que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise et s'il est acquitté,

a) le jury, ou

b) le juge ou magistrat, quand il n'y a pas de jury,

doit constater si l'accusé était aliéné lors de la perpétration de l'infraction et déclarer s'il est acquitté pour cause d'aliénation mentale.

(2) S'il est constaté que l'accusé était aliéné au moment où l'infraction a été commise, la cour, le juge ou le magistrat devant qui le procès s'instruit doit ordonner que l'accusé soit tenu sous une garde rigoureuse dans le lieu et de la manière que la cour, le juge ou le magistrat ordonne, jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu.

545. (1) Lorsque, en application de la présente Partie, un accusé est déclaré atteint d'aliénation mentale, le lieutenant-gouverneur de la province où l'accusé est détenu peut

a) rendre une ordonnance pour la bonne garde de l'accusé dans le lieu et de la manière qu'il prescrit, ou

b) s'il est d'avis que la mesure est dans l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public, rendre une ordonnance portant libération de l'accusé, soit inconditionnellement, soit aux conditions qu'il prescrit.

(2) Le prévenu visé à l'alinéa (1)a) peut être transféré aux fins de sa réhabilitation à tout endroit au Canada que précise le mandat signé par l'agent qu'autorise à cette fin le lieutenant-gouverneur de la province où il est

his rehabilitation to any other place in Canada specified in the warrant with the consent of the person in charge of such place.

(3) A warrant mentioned in subsection (2) is sufficient authority for any person who has custody of the accused to deliver the accused to the person in charge of the place specified in the warrant and for such last mentioned person to detain the accused in the manner specified in the order mentioned in subsection (1).

547. (1) The lieutenant governor of a province may appoint a board to review the case of every person in custody in a place in that province by virtue of an order made pursuant to section 545 or subsection 546(1) or (2).

(2) The board referred to in subsection (1) shall consist of not less than three and not more than five members of whom one member shall be designated chairman by the members of the board, if no chairman has been designated by the lieutenant governor.

(3) At least two members of the board shall be duly qualified psychiatrists entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province for which the board is appointed, and at least one member of the board shall be a member of the bar of the province.

(4) Three members of the board of review, at least one of whom is a psychiatrist described in subsection (3) and one of whom is a member of the bar of the province, constitute a quorum of the board.

(5) The board shall review the case of every person referred to in subsection (1)

(a) not later than six months after the making of the order referred to in that subsection relating to that person, and

(b) at least once in every twelve month period following the review required pursuant to paragraph (a) so long as the person remains in custody under the order,

and forthwith after each review the board shall report to the lieutenant governor setting out fully the results of such review and stating

(d) where the person in custody was found not guilty on account of insanity, whether, in the opinion of the board, that person has recovered and, if so, whether in

détenu, sous réserve du consentement du responsable de l'établissement de l'endroit.

(3) Le mandat visé au paragraphe (2) donne à toute personne qui a la garde du prévenu le pouvoir de le remettre à la personne responsable du lieu indiqué dans ce mandat et à cette dernière de le détenir de la manière indiquée dans l'ordonnance mentionnée au paragraphe (1).

547. (1) Le lieutenant-gouverneur d'une province peut nommer une commission pour examiner le cas de chaque personne qui est sous garde dans un lieu de ladite province en vertu d'une ordonnance rendue en conformité de l'article 545 ou du paragraphe 546(1) ou (2).

(2) La commission mentionnée au paragraphe (1) se compose de trois à cinq membres qui choisissent parmi eux un président lorsque le lieutenant-gouverneur n'en a pas désigné.

(3) Au moins deux membres de la commission doivent être des psychiatres dûment qualifiés et autorisés à exercer la médecine en conformité des lois de la province pour laquelle la commission est nommée et un membre au moins de la commission doit appartenir au barreau de la province.

(4) Trois membres de la commission d'examen, dont au moins un psychiatre visé au paragraphe (3) et un membre du barreau de la province, constituent un quorum de la commission.

(5) La commission doit examiner le cas de chaque personne mentionnée au paragraphe (1),

a) au plus tard six mois après qu'a été rendue l'ordonnance visée dans ce paragraphe relativement à cette personne, et

b) au moins une fois tous les douze mois après l'examen exigé à l'alinéa a), aussi longtemps que cette personne reste sous garde en vertu de l'ordonnance,

et la commission doit, immédiatement après chaque examen, faire un rapport au lieutenant-gouverneur énonçant en détail les résultats de cet examen et indiquant,

d) lorsque la personne sous garde a été trouvée non coupable, pour cause d'aliénation mentale, si, de l'avis de la commission, cette personne est rétablie et,

its opinion it is in the interest of the public and of that person for the lieutenant governor to order that he be discharged absolutely or subject to such conditions as the lieutenant governor may prescribe,

dans l'affirmative, si à son avis, il est dans l'intérêt du public et dans l'intérêt de cette personne que le lieutenant-gouverneur ordonne qu'elle soit libérée absolument ou sous réserve des conditions que le lieutenant-gouverneur peut prescrire,

(f) any recommendations that it considers desirable in the interests of recovery of the person to whom such review relates and that are not contrary to the public interest.

f) les conclusions qu'elle estime souhaitables afin de réhabiliter la personne dont le cas a été examiné et compatibles avec l'intérêt public.

(6) In addition to any review required to be made under subsection (5), the board shall review any case referred to in subsection (1) when requested to do so by the lieutenant governor and shall forthwith after such review report to the lieutenant governor in accordance with subsection (5).

(6) En plus de tout examen qui doit être effectué en vertu du paragraphe (5), la commission doit examiner tout cas mentionné au paragraphe (1) lorsque le lieutenant-gouverneur le lui demande et elle doit, immédiatement après un tel examen, faire rapport au lieutenant-gouverneur en conformité du paragraphe (5).

(7) For the purposes of a review under this section, the chairman of a board has all the powers that are conferred by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act* on commissioners appointed under Part I of that Act.

(7) Aux fins de l'examen prévu par le présent article, le président de la commission peut exercer tous les pouvoirs, mentionnés aux articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, d'un commissaire nommé en vertu de la Partie I de cette loi.

The relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are:

Les articles suivants de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont pertinents:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

#### Analysis

#### Analyse

##### *The Common Law Rule*

##### *La règle de common law*

Pivotal to the determination of the validity of the common law rule which allows the Crown to raise evidence of insanity independently, is a full discussion of what the rule is intended to achieve and the internal limits which govern its operation. The common law rule was crafted with precision: it does not operate willy-nilly in allowing the Crown to raise such evidence but, rather, operates within strict

Pour déterminer la validité de la règle de common law qui permet au ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale, il est essentiel de procéder à un examen complet des buts visés par cette règle et des limites internes qui en régissent la mise en œuvre. Il s'agit d'une règle qui a été formulée avec soin: ce n'est pas un effet du hasard qu'elle permette au ministère public de présenter ce genre de preuve, son application obéissant au contraire à des paramètres stricts. Son fondement

parameters. It is both informed and, conversely, limited by two principles of fundamental justice.

The two distinct principles of fundamental justice that my colleagues identify, i.e., that of an accused's right to fully control his or her defence and the fundamental rule that insane persons not responsible for their conduct should not be convicted for otherwise criminal behaviour, find appropriate expression in the balance achieved through the proper application of the common law rule. There can be no doubt that the two principles identified above are properly labelled, in the language of s. 7, "fundamental". This Court has, on numerous occasions, addressed the fundamental nature of these principles.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he then was), discussed the principle that criminal law should not punish the innocent in these terms, at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice. . .

And at p. 513:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law.

Neither can there be any doubt as to the "fundamental" nature of the principle that an accused has the right to control and make meaningful decisions about the manner in which he or she defends. As my colleague the Chief Justice notes, it is founded on respect for the autonomy of the individual as well as on the adversarial nature of our criminal justice system. The common law rule at issue here does not, in my view, violate either of these fundamental principles.

Regardless of how one chooses to label or characterize the principle that an individual should not be convicted absent fault, i.e., as one adhering to the

repose sur deux principes de justice fondamentale qui, inversement, en constituent les limites.

Les deux principes de justice fondamentale que mes collègues ont identifiés—le droit de l'accusé de contrôler pleinement sa défense et la règle fondamentale selon laquelle les personnes atteintes d'aliénation mentale, non responsables de leur conduite, ne devraient pas être déclarées coupables d'un acte par ailleurs criminel—trouvent leur juste expression dans l'équilibre que permet d'atteindre l'application légitime de la règle de common law. Il ne fait aucun doute que ces deux principes sont bel et bien, au sens de l'art. 7, de nature «fondamentale». Notre Cour en a, à plusieurs reprises, analysé le caractère fondamental.

Dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (alors juge puîné) a analysé en ces termes, à la p. 492, le principe suivant lequel le droit criminel ne devrait pas servir à punir un innocent:

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale . . .

Il ajoute, à la p. 513:

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

La nature «fondamentale» du principe suivant lequel l'accusé a le droit de contrôler sa défense et de prendre les décisions pertinentes à cet égard ne fait non plus aucun doute. Comme le souligne mon collègue le Juge en chef, ce principe est fondé sur le respect de l'autonomie individuelle ainsi que sur la nature contradictoire de notre système de justice criminelle. Or, la règle de common law ici en cause ne viole, à mon avis, aucun de ces principes fondamentaux.

Quelle que soit la façon que l'on choisisse de cataloguer ou de caractériser le principe selon lequel il n'y a pas de condamnation sans faute—comme un

accused or as a purely societal interest, I am not convinced that it is properly dealt with under s. 1. Since, in my view, the common law rule reflects an appropriate balance between the two principles identified above, I will necessarily address the concerns raised by them within s. 7.

In my respectful opinion, a narrow approach is not warranted and should be avoided in a discussion of the principles of fundamental justice; these principles and their alleged violations should be viewed within the broader context of the legal system within which these principles have been found to repose. I find it difficult to engage in the sifting process advocated by my colleagues. The principles of fundamental justice do not spring up independently of one another but evolve gradually in what can be seen to be a mutually nourishing process. Our legal system is not a system of rules and principles operating singly, each within its own limited sphere. Any analysis requiring an examination of these principles, be it mandated constitutionally or otherwise, must respect this integrity. In this regard, I adopt the words of La Forest J. (dissenting on other grounds) in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 745 that "the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself. . . ." I thus respectfully disagree with the Chief Justice's approach (at p. 977), that:

. . . the accused chose not to invoke the principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was insane at the time of the offence. Therefore, in this case, this principle cannot be a part of the s. 7 analysis.

The common law rule in issue here has evolved in precisely the fashion alluded to above. The fundamental principles of justice that my colleagues prefer to separate from its mix, combine to fashion a larger principle, one informed in appropriate measure by concerns underlying the principles that nourish it. When viewed within the broad context in which it operates, the common law rule, and its application in

droit inhérent à l'accusé ou comme une règle dictée par des impératifs purement sociaux—, je ne suis pas convaincue qu'il y ait lieu de procéder à un examen fondé sur l'article premier. Étant donné qu'à mon avis, la règle de common law reflète un juste équilibre entre les deux principes dégagés précédemment, je les examinerai sous l'angle de l'art. 7.

J'estime que, dans l'examen des principes de justice fondamentale, une approche étroite n'est pas justifiée et qu'il y a lieu de s'en garder. Ces principes, ainsi que leur violation qu'on allègue, doivent être analysés dans le cadre plus large du système juridique auquel ils se rattachent. Il m'apparaît difficile de s'engager dans le processus de tamisage préconisé par mes collègues. Les principes de justice fondamentale ne s'élaborent pas indépendamment les uns des autres mais évoluent graduellement par un processus qu'on pourrait qualifier de fécondation mutuelle. Notre système juridique ne se veut pas simplement un ensemble de règles et de principes qui opèrent de façon autonome, chacun dans les limites de sa sphère propre. Toute analyse comportant un examen de ces principes, qu'elle réponde à des exigences d'ordre constitutionnel ou autre, doit respecter cette intégrité. À cet égard, je fais miens les propos du juge La Forest (dissident pour d'autres motifs) qui affirme, dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745, que «les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même». Avec égards, je ne partage donc pas le point de vue du Juge en chef lorsqu'il dit à la p. 977:

. . . l'accusé a choisi de ne pas invoquer le principe de justice fondamentale selon lequel, dans notre système de justice criminelle, on ne déclare pas coupable une personne qui était aliénée au moment de l'infraction. Par conséquent, ce principe ne peut, en l'espèce, servir à l'analyse fondée sur l'art. 7.

La règle de common law ici en litige a connu précisément une évolution semblable à celle que je viens d'évoquer. Les principes de justice fondamentale que mes collègues préfèrent dissocier se combinent pour former un principe plus général, dont les éléments traduisent de façon harmonieuse les considérations qui les sous-tendent. Considérée dans le vaste cadre dans lequel elle s'insère, la règle de common law,



any given case, is, in my view, consonant with the principles of fundamental justice.

The ability of the Crown to raise evidence of insanity independently appears to have been first challenged, at the appellate level, in *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337. The rule at issue here has its genesis in the reasons of Martin J.A., for a unanimous five-member panel of the Ontario Court of Appeal. Martin J.A. prefaced and based his articulation of the rule upon a careful analysis of the arguments for and against it. He noted the concerns of defence counsel that allowing the Crown to raise evidence of insanity would prejudice an accused, concerns that are discussed at length in my colleagues' reasons. Martin J.A. also noted the fundamental tenet of criminal law that those that ought not to be held responsible for their actions should not be convicted. However, as I have mentioned above, he also recognized at p. 359 that the criminal justice system can accommodate divergent interests and that "a balance must frequently be sought and maintained between them". Moreover, he doubted, as I do, that "drastic" prejudicial consequences would ensue upon allowing the Crown to raise evidence of insanity, and he held at p. 359 that "the prosecution, in appropriate circumstances, is entitled to lead evidence that the accused was insane at the time of the act". (Emphasis added.) Martin J.A. was also well aware in his framing of the rule, that while giving voice to the principle that the criminal justice system cannot convict without fault, the rule must also protect the interests of the accused and the adversarial nature of the system in general. He addressed these concerns at p. 361:

The adversary system, in general, has served us well and I, for one, would not like to contemplate the erosion of its essential features, but I am not persuaded that the inflexible application of a rule which debars the prosecution from adducing cogent evidence of insanity in its

ainsi que son application concrète, est, à mon avis, compatible avec les principes de justice fondamentale.

<sup>a</sup> La capacité pour le ministère public de présenter indépendamment une preuve d'aliénation mentale paraît avoir été contestée pour la première fois, en appel, dans l'arrêt *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337. La règle en cause ici tire d'ailleurs son origine des motifs qu'a prononcés le juge Martin dans cette affaire au nom d'un banc unanime de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Martin a formulé cette règle après avoir soigneusement pesé le pour et le contre. Il a pris note du point soulevé par la défense, soit que de permettre au ministère public de présenter une preuve d'aliénation mentale causerait préjudice à l'accusé, point que mes collègues examinent en détail dans leurs motifs. Le juge Martin a également souligné le précepte fondamental de notre système de justice criminelle voulant que ceux qui ne devraient pas être tenus responsables de leurs actes ne devraient pas être déclarés coupables. Cependant, comme je l'ai indiqué précédemment, il a également reconnu, à la p. 359, la capacité du système de justice criminelle de concilier des intérêts divergents entre lesquels [TRADUCTION] «il est souvent nécessaire d'établir un équilibre». Au surplus, il a mis en doute, comme je le fais, la possibilité qu'il résulte de la preuve d'aliénation mentale présentée par le ministère public des conséquences préjudiciables [TRADUCTION] «draconiennes». Il a conclu, à la p. 359, que [TRADUCTION] «la poursuite a, dans les circonstances appropriées, le droit de présenter une preuve démontrant que l'accusé était aliéné au moment de la perpétration de l'acte» (je souligne). En formulant la règle, le juge Martin s'est aussi montré très conscient de la nécessité, parallèlement à la reconnaissance du principe selon lequel le système de justice criminelle ne peut prononcer de déclaration de culpabilité en l'absence de faute, de protéger les intérêts de l'accusé ainsi que le caractère contradictoire du système en général. Il a abordé ainsi la question, à la p. 361:

[TRADUCTION] De façon générale, le système contradictoire nous a bien servis et je ne voudrais pas, quant à moi, en voir s'éroder les caractéristiques essentielles. Mais je ne suis pas convaincu que l'application inflexible d'une règle qui interdit à la poursuite de pro-

possession, where the accused refuses to adduce it, is an essential concomitant of that system.

On the other hand, the prosecution, clearly, ought not to be entitled to bolster a weak case that the accused committed the act by weak evidence that the accused was insane, where the admission of such evidence might deprive the accused of a fair trial on the issue whether he committed the act by leading the jury to conclude that he is the sort of person likely to have committed the act charged.

Martin J.A.'s articulation of the rule, at pp. 362-63, takes into account these seemingly divergent concerns and reflects the careful balance discussed at the outset:

[A trial judge's discretion] is broad enough to permit him to exclude evidence of insanity when tendered by the prosecution unless he is satisfied that the evidence of insanity proposed to be tendered is sufficiently substantial that the interest of justice requires that it be adduced. In no case would the interest of justice require the prosecution to adduce such evidence until evidence had been previously adduced which would warrant a jury being satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed the act charged with the requisite criminal intent, apart from a condition of insanity.

Where the prosecution seeks to adduce that the accused was insane at the time of the act, the proper test, in my view, is not whether, if advanced by the accused, the evidence would be sufficient to require the defence of insanity to be submitted to the jury by the trial Judge, but whether it is sufficiently substantial and creates such a grave question whether the accused had the capacity to commit the offence that the interest of justice requires it to be adduced.

In any case where the prosecution adduces evidence of insanity and the accused denies the commission of the act, it is incumbent upon the trial Judge to direct the jury that they are not to consider the evidence of insanity unless and until they are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed the act charged with the requisite criminal intent. [Emphasis added.]

Notably, in a revisiting of the issue in *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, the Ontario Court of

duire la preuve pertinente d'aliénation mentale dont elle dispose lorsque l'accusé refuse de le faire, constitue un élément essentiel de ce système.

Par contre, il est clair que la poursuite ne devrait pas pouvoir étayer une preuve faible de la perpétration de l'acte par une preuve faible de l'aliénation, lorsque l'admission d'une telle preuve risquerait de priver l'accusé d'un procès équitable quant à la question de savoir s'il a commis l'acte, en amenant le jury à conclure qu'il est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'acte dont il est inculpé.

La façon dont le juge Martin articule la règle, aux pp. 362 et 363, tient compte de ces préoccupations en apparence divergentes et reflète l'équilibre prudent dont j'ai discuté dès le départ:

[TRADUCTION] [Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès] est suffisamment large pour lui permettre d'exclure une preuve d'aliénation mentale offerte par la poursuite à moins que le juge ne soit convaincu que cette preuve est suffisamment importante pour que l'intérêt de la justice en exige la présentation. En aucun cas l'intérêt de la justice n'obligera la poursuite à produire une telle preuve s'il n'a pas été présenté antérieurement des éléments de preuve susceptibles de convaincre un jury hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché avec l'intention criminelle requise, indépendamment de tout état d'aliénation.

Si la poursuite veut prouver que l'accusé était aliéné au moment de la perpétration de l'acte, le test approprié n'est pas, à mon avis, si cette preuve, présentée par l'accusé, serait suffisante pour obliger le juge du procès à soumettre la défense d'aliénation mentale au jury, mais plutôt si elle est assez importante et soulève une question à ce point sérieuse quant à savoir si l'accusé était capable de commettre l'infraction, que l'intérêt de la justice exige qu'elle soit produite.

Dans tous les cas où la poursuite présente une preuve d'aliénation mentale et où l'accusé nie avoir commis l'acte, il incombe au juge du procès de dire au jury qu'il n'a pas à tenir compte de cette preuve à moins qu'il ne soit convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché avec l'intention criminelle requise. [Je souligne.]

Notons que dans un nouvel examen de la question dans l'arrêt *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176, la

Appeal further tightened the rule by requiring that the trial judge also direct his or her mind to "the nature and seriousness of the offence alleged to have been committed and the extent to which the accused may be a danger to the public", (*per* Weatherston J.A., for the majority, at p. 189).

Thus, it is plain that the Crown's ability to raise evidence of insanity over and above the wishes of the accused will occur only in circumstances where the guilt of the accused is in no serious doubt, the evidence of insanity is overwhelming, the offence is of a serious nature and the accused represents a continuing threat to society due to his or her present dangerousness. In no small way, then, does this rule avert to the right of an accused to control his or her defence as its potential application is strictly and severely limited. It is not lightly that a court will proceed to consider evidence of insanity raised at the behest of the Crown and it is always in its discretion to exclude such evidence if it feels that the resultant prejudice to the accused would be too great. While the original formulation of the rule occurred prior to the *Charter*, the balance achieved by the rule is harmonious with the dictates of the *Charter* and, surely, in light of the *Charter*, future courts will tread cautiously, endeavouring to apply the rule in the strict manner in which it was intended, and thus, apply it in a fashion consistent with the principles of fundamental justice.

This is certainly not the first time that this Court has introduced a consideration of the trial judge's discretion into the balance, in its examination of a substantive *Charter* guarantee, and weighed this along with the relevant "competing interests". In *R. v. Corbett*, *supra*, the issue was whether s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, which allows cross-examination of an accused on his or her prior criminal record, was inconsistent with the guarantee in s. 11(d) of the *Charter*. In concluding that no inconsistency existed, Dickson C.J., for the majority on this point, held at pp. 691-92:

The balance struck by the combination of the *Canada Evidence Act*, s. 12, and the requirement for a clear

Cour d'appel de l'Ontario, s'exprimant à la majorité par la voix du juge Weatherston, a resserré l'application de la règle, à la p. 189, en exigeant que le juge du procès tienne également compte de [TRADUCTION] «la nature et de la gravité de l'infraction reprochée et de la mesure dans laquelle l'accusé peut présenter un danger pour le public».

Ainsi, il est clair que le ministère public ne pourra présenter une preuve d'aliénation, contre le gré de l'accusé, que dans les cas où la culpabilité de celui-ci ne soulève pas de doute sérieux, où la preuve de l'aliénation est accablante, où il s'agit d'une infraction grave et où l'accusé présente toujours une menace pour la société en raison de sa dangerosité. Cette règle tient donc largement compte du droit de l'accusé de contrôler sa défense puisque l'application en est strictement et sévèrement limitée. Ce n'est pas à la légère qu'une cour prendra en considération la preuve d'aliénation mentale présentée à l'initiative du ministère public et elle aura toujours le pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve si elle estime qu'il en résulterait un préjudice trop grand pour l'accusé. Bien que la règle originale ait été formulée avant la *Charte*, l'établissement de l'équilibre des intérêts en cause en respecte les impératifs et il ne fait pas de doute qu'à la lumière de la *Charte*, les tribunaux redoubleront dorénavant de prudence en s'efforçant d'appliquer la règle avec toute la rigueur voulue et, de ce fait, d'une manière compatible avec les principes de justice fondamentale.

Ce n'est certes pas la première fois que notre Cour aborde, dans l'examen d'une règle de fond consacrée par la *Charte*, la question du pouvoir discrétionnaire du juge du procès dans l'établissement de cet équilibre et qu'elle doit, pour ce faire, peser des «intérêts contradictoires». Dans l'arrêt *R. c. Corbett*, précité, il s'agissait de savoir si l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, permettant le contre-interrogatoire de l'accusé sur ses antécédents criminels, était incompatible avec la garantie qu'accorde l'al. 11d) de la *Charte*. En concluant à l'absence d'incompatibilité, le juge en chef Dickson qui s'est fait le porte-parole de la majorité sur ce point, a dit aux pp. 691 et 692:

L'équilibre atteint par la conjugaison de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'exigence que le juge

direction from the judge is admirably summed up in the following passage from the judgment of Martin J.A. in *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* at pp. 441-42:

An accused who gives evidence has a dual character. As an accused he is protected by an underlying policy rule against the introduction of evidence by the prosecution tending to show that he is a person of bad character, subject, of course, to the recognized exceptions to that rule. As a witness, however, his credibility is subject to attack.

In my view the policy rule which protects an accused against an attack upon his character lest it divert the jury from the issue which they are called upon to decide, namely, the guilt or innocence of the accused on the specific charge before the Court, is not wholly subordinated to the rule which permits an accused who elects to give evidence to be cross-examined on the issue of his credibility. In this area of the law, as in so many areas, a balance has been struck between competing interests, which endeavours so far as possible to recognize the purpose of both rules and does not give effect to one to the total exclusion of the other.

One can now add on the accused's side of the balance the discretion in the trial judge to exclude evidence of prior convictions in those unusual circumstances where a mechanical application of s. 12 would undermine the right to a fair trial. [Emphasis added; citations omitted.]

Similar considerations were brought to bear in *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, wherein La Forest J., for the Court, in his discussion of the relevance of the existence of discretion in the application of the statute, stated at p. 410 that, "[t]he existence of the discretion conferred by the statutory provisions does not, in my view, offend principles of fundamental justice".

Also pertinent to any conclusion as to the proper balance to be struck under s. 7 are considerations of the scope of the impugned rule or law. In *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, Wilson J., for the majority, in considering whether s. 643 of the *Criminal*

donne des directives claires est admirablement résumé dans l'extrait suivant des motifs du juge Martin dans l'affaire *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] L'accusé qui témoigne a deux qualités. En tant qu'accusé il est protégé par une règle fondamentale de politique générale qui interdit à la poursuite de produire des éléments de preuve tendant à démontrer sa mauvaise moralité, sous réserve évidemment des exceptions reconnues à cette règle. En sa qualité de témoin, cependant, sa crédibilité peut être attaquée.

À mon avis, la règle de politique générale qui met un accusé à l'abri de toute contestation de sa bonne moralité, de crainte que le jury ne soit détourné de la question qu'il est appelé à trancher, savoir celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé relativement à l'accusation précise dont la cour se trouve saisie, n'est pas complètement subordonnée à la règle permettant qu'un accusé qui choisit de témoigner soit contre-interrogé sur la question de sa crédibilité. Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, un équilibre a été établi entre des intérêts contradictoires, équilibre par lequel on essaie autant que possible de reconnaître l'objet des deux règles sans appliquer l'une à l'exclusion totale de l'autre.

On peut maintenant ajouter dans la balance, en faveur de l'accusé, le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge du procès d'écarter la preuve de ses condamnations antérieures dans les cas exceptionnels où l'application automatique de l'art. 12 minerait son droit à un procès équitable. [Je souligne; références omises.]

Des considérations similaires ont été exprimées dans l'arrêt *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, où, en examinant la pertinence de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi, le juge La Forest a, au nom de la Cour, affirmé, à la p. 410, que «[l']existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale».

Dans tout examen du juste équilibre à maintenir en vertu de l'art. 7, il faut aussi tenir compte du champ d'application de la règle ou de la loi attaquée. Dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, où il s'agissait de déterminer si l'art. 643 du *Code criminel* était

*Code* was inconsistent with s. 7 of the *Charter* in so far as it allowed the reading in of evidence given at the preliminary inquiry, found that the provision was consistent with the principles of fundamental justice as long as the accused had a full opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was given. She further noted at p. 545:

In any event, because s. 643(1) can only be invoked when its stringent pre-requisites are met by the party seeking to introduce the previous testimony, it is not a provision that the Crown can use at will to its advantage or as a device to protect Crown witnesses who may not prove to be credible before the trier of fact.

The same can be said of the common law rule in issue here.

Some of the Chief Justice's concerns with the scope and operation of the rule can perhaps be traced to the fact that his reasons refer exclusively to the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Saxell*, *supra*, wherein the Court restated the rule originally formulated in *Simpson*, *supra*. To the extent that the Court in *Saxell*, *supra*, was only restating the rule (with the added requirements discussed above), it was wrong in asserting that the prosecution need only show "convincing evidence" that the accused committed the act, notwithstanding evidence of insanity. The Court in *Simpson*, *supra*, at p. 362, emphatically stated that the standard is higher and that the prosecution must adduce sufficient evidence "which would warrant a jury being satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed the act charged." Any other reading of the rule does not do justice to the sensitive balance achieved by the Court of Appeal in *Simpson*, *supra*. As I have made clear previously, properly interpreted and applied, the rule reflects fundamental values inherent in our system of criminal justice and balances them in a way that passes constitutional muster. This conclusion is necessarily threatened by any attempt to detract from the weight accorded to the various interests in this balance.

incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où il permettait la lecture en preuve d'une déposition faite à l'enquête préliminaire, le juge Wilson a conclu, au nom de la majorité, que la disposition était compatible avec les principes de justice fondamentale pourvu que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment où le témoignage antérieur a été donné. Elle a ajouté, à la p. 545:

Quoi qu'il en soit, puisque le par. 643(1) ne peut être invoqué que lorsque des conditions préalables strictes sont remplies par la partie qui veut produire en preuve le témoignage antérieur, ce n'est pas une disposition que le ministère public peut utiliser à volonté à son avantage ou comme un moyen de protéger des témoins à charge qui pourraient se révéler non crédibles devant le juge des faits.

La même remarque vaut pour la règle de common law ici en cause.

Certains points que soulève le Juge en chef quant au champ d'application et à la mise en œuvre de la règle tiennent peut-être au fait qu'il se réfère exclusivement aux motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Saxell*, précité, où se trouve reformulée la règle initialement énoncée dans l'arrêt *Simpson*, précité. Dans la mesure où, dans l'arrêt *Saxell*, la cour ne faisait que reformuler la règle (en y ajoutant les exigences indiquées précédemment), elle a eu tort d'affirmer que la poursuite n'avait qu'à démontrer, par une «preuve convaincante», que l'accusé avait commis l'acte, nonobstant la preuve d'aliénation. Dans l'arrêt *Simpson*, la cour a souligné avec insistance, à la p. 362, que la norme était plus élevée et que la poursuite devait produire une preuve [TRADUCTION] «susceptible de convaincre un jury hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'acte reproché». Toute autre interprétation de la règle ne rend pas justice au délicat équilibre qu'a établi la Cour d'appel dans l'arrêt *Simpson*. Ainsi que je l'ai déjà clairement indiqué, la règle, correctement interprétée et appliquée, fait ressortir les valeurs fondamentales inhérentes à notre système de justice criminelle et établit entre elles un équilibre qui satisfait aux exigences constitutionnelles. Or, cette conclusion se trouve forcément menacée par toute tentative de modifier l'importance accordée aux différents intérêts qui composent cet équilibre.

Thus, while an accused may be deprived of his or her liberty upon the Crown's independently raising evidence of insanity, for the above reasons this deprivation is fully consonant with principles of fundamental justice and thus no s. 7 violation is made out. Since the common law rule survives s. 7 scrutiny, there is no need to embark upon a s. 1 analysis.

Although the constitutional question was framed in reference to ss. 9 and 15 as well as s. 7 of the *Charter*, neither the appellant nor the respondent have addressed these additional sections in their argument and thus I will not consider these alternative grounds of constitutional invalidity.

#### *The Legislative Scheme*

As I stated at the outset, I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that the legislative scheme in issue here is consistent with the guarantees set out in ss. 7 and 9 of the *Charter*. Therefore, I will limit myself to but brief remarks in this respect.

The legislative scheme, it will be recalled, is embodied in ss. 542-547 of the *Criminal Code*. In commenting upon the constitutionality of the legislative scheme, as regards s. 7 and s. 9 of the *Charter*, I will follow the analysis of the Chief Justice and address the issue of arbitrariness under the s. 9 *Charter* guarantee although the same result would necessarily obtain if the question of arbitrariness was discussed under s. 7 and measured against the principles of fundamental justice. I will deal first with the argument that the legislative scheme is procedurally unfair and thus violates the principles of fundamental justice.

In interpreting the legislative scheme in an attempt to determine its constitutionality, the words of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 188, are particularly appropriate:

The appellants allege that the procedural mechanisms set out in the *Immigration Act, 1976*, as opposed to the application of those procedures to their particular cases,

Ainsi, quoiqu'il puisse y avoir atteinte à la liberté d'un accusé lorsque le ministère public présente indépendamment une preuve d'aliénation mentale, cette atteinte est, pour les raisons indiquées précédemment, entièrement compatible avec les principes de justice fondamentale et, partant, aucune violation de l'art. 7 n'a été démontrée. La règle de common law ne contrevenant pas à l'art. 7, point n'est besoin de procéder à une analyse en vertu de l'article premier.

Bien que la question constitutionnelle mentionne les art. 9 et 15, en plus de l'art. 7 de la *Charte*, ni l'appelant ni l'intimée n'ont présenté d'arguments à l'égard de ces autres articles. Je n'examinerai donc pas ces motifs subsidiaires d'invalidité constitutionnelle.

#### *Le régime législatif*

Comme je l'ai mentionné au départ, je partage l'avis de la Cour d'appel à la majorité selon lequel le régime législatif ici en cause est compatible avec les droits garantis par les art. 7 et 9 de la *Charte*. Je me bornerai donc à de brèves remarques à cet égard.

Le régime législatif, on se rappellera, est prévu aux art. 542 à 547 du *Code criminel*. Dans les observations que je ferai sur la constitutionnalité de ce régime au regard des art. 7 et 9 de la *Charte*, j'adopterai la démarche suivie par le Juge en chef. J'examinerai donc la question du caractère arbitraire en fonction de la garantie prévue à l'art. 9 de la *Charte*, bien qu'on en viendrait nécessairement au même résultat si cette question était examinée sous l'angle de l'art. 7 et des principes de justice fondamentale. Voyons d'abord l'argument selon lequel le régime législatif est inéquitable au plan de la procédure et porte ainsi atteinte aux principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson a tenu, à la p. 188, des propos particulièrement appropriés pour qui veut interpréter le régime législatif afin d'en déterminer la constitutionnalité:

Les appelants allèguent que les mécanismes de procédure énoncés dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, indépendamment de l'application de cette procédure à

have deprived them of their rights under the *Charter*. It is important, therefore, to understand these provisions in the context of the Act as a whole. If, as a matter of statutory interpretation, the procedural fairness sought by the appellants is not excluded by the scheme of the Act, there is, of course, no basis for resort to the *Charter*. [Emphasis added.]

Regard should also be had to the reasons of La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. La Forest J., for the majority, discussed the impact of s. 7 on traditional notions of procedural fairness and observed at pp. 361-62:

It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness . . . It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

It seems to me that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined. [Emphasis added.]

While the majority of the Court of Appeal followed the blueprint outlined in these cases it did not, in coming to its conclusion that the legislative scheme was procedurally fair, direct its attention at any length to the large body of case law discussing the duties and obligations resting upon the Lieutenant Governor and the Advisory Review Board at the various points in the *Code* procedure. I will, therefore, refer specifically to a number of cases in this regard with a summary discussion of their findings.

While the Court of Appeal, in this case, held that the duty of the Lieutenant Governor to make an order under s. 545 arises "forthwith", as soon as is feasible in the circumstances, other courts have held, for example, that: (*Saxell, supra*) although the permissive word "may" is used, the Lieutenant Governor is under an obligation to make one of the orders con-

leurs cas particuliers, ont porté atteinte aux droits qui leur sont reconnus par la *Charte*. Il est donc important de situer ces dispositions dans le contexte de l'ensemble de la Loi. Si, sur le plan de l'interprétation législative, l'équité en matière de procédure demandée par les appelants n'est pas exclue par l'économie de la Loi, il va sans dire qu'il n'y a aucune raison de recourir à la *Charte*. [Je souligne.]

Il convient également de se reporter aux motifs du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Au nom de la Cour à la majorité, le juge La Forest a examiné les répercussions de l'art. 7 sur les notions traditionnelles d'équité procédurale. Il fait remarquer, aux pp. 361 et 362:

Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure [. . .] Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Il me semble que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. [Je souligne.]

Bien que la Cour d'appel à la majorité ait suivi, dans le cas qui nous occupe, le canevas tracé dans ces arrêts, elle ne s'est pas, dans sa conclusion que le régime législatif était équitable sur le plan de la procédure, arrêtée à l'abondante jurisprudence touchant les devoirs et obligations qui incombent au lieutenant-gouverneur et à la commission d'examen aux différentes étapes procédurales prévues au *Code*. Je me référerai donc spécifiquement à un certain nombre d'arrêts pertinents à cet égard dont j'examinerai brièvement les conclusions.

Bien que la Cour d'appel ait, en l'espèce, conclu que le devoir du lieutenant-gouverneur de rendre une ordonnance aux termes de l'art. 545 prenait naissance «immédiatement», dès que possible dans les circonstances, il a par ailleurs été décidé, par exemple, que: (*Saxell, précité*) en dépit de l'expression permissive «peut», le lieutenant-gouverneur est tenu de rendre

templated by s. 545(1); (*Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (2d) 153 (Ont. C.A.)) the Advisory Review Board is under a duty to act fairly and must supply to the patient and his or her counsel the facts to which it will apply its mind; (*Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180 (B.C.C.A.)) the Order in Council Patients' Review Board, a Board analogous in function to that of the Advisory Review Board, is required to observe the requirements of procedural fairness and, therefore, must inform the patient of changes in their recommendations and the reasons therefor and give him or her a fair opportunity to address them; (*Re Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board* (1983), 42 O.R. (2d) 268 (Div. Ct.)) the Board must act fairly and the patient must have the main body of facts to which the Board "is going to apply its mind", therefore, the patient and his or her counsel must be present when the psychiatric members of the Board present their findings to the Board and, further, the Board is under a duty to disclose the information obtained by the psychiatric members of the Board; (*Jollimore v. Nova Scotia (A.G.)* (1986), 75 N.S.R. (2d) 191 (N.S.S.C.)) the Lieutenant Governor is under a duty to act fairly and must advise the patient of an intended decision not to follow the recommendation of the Advisory Review Board and the patient or his or her counsel must be given an opportunity to make representations to the Lieutenant Governor in this regard; (*Attorney General of Ontario v. Grady* (1988), 34 C.R.R. 289 (Ont. H.C.)) the patient's right to procedural fairness was denied in that there was no evidence before the Board, falling within its jurisdiction, that would justify its conclusions and because the Board failed to provide an opportunity to speak to a disposition that did not reasonably flow from the evidence and materials before it and by appearing partial through allowing a representative of the Attorney General to make inflammatory and irrelevant remarks. Further, the patient should have been allowed to speak to an expert's proposed disposition and the Lieutenant Governor may only rely on the recommendations of the Advisory Board to the extent that they have been the product of a fair hearing.

l'une des ordonnances prévues par le par. 545(1); (*Re Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A. Ont.)) la commission d'examen est tenue d'agir équitablement et de fournir au patient et à l'avocat de celui-ci les faits sur lesquels elle portera son attention; (*Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180 (C.A.C.-B.)) la Order in Council Patients' Review Board, une commission dont la fonction est analogue à celle de la commission d'examen, est tenue d'observer les exigences de l'équité procédurale et donc d'informer le patient de tout changement dans ses recommandations et des motifs de ce changement, en plus de lui donner l'occasion voulue de faire des observations à ce sujet; (*Re Egglestone and Mousseau and Advisory Review Board* (1983), 42 O.R. (2d) 268 (C. div.)) la commission doit agir équitablement et le patient doit avoir à sa disposition les principaux faits sur lesquels la commission [TRADUCTION] «fera porter son attention», aussi le patient et son avocat doivent-ils être présents lorsque les membres psychiatres livrent leurs conclusions à la commission, laquelle est tenue de divulguer les renseignements obtenus par les membres psychiatres; (*Jollimore v. Nova Scotia (A.G.)* (1986), 75 N.S.R. (2d) 191 (C.S.N.-É.)) le lieutenant-gouverneur a l'obligation d'agir équitablement et il doit aviser le patient de son intention de ne pas suivre la recommandation de la commission d'examen, et le patient ou son avocat doivent avoir l'occasion de faire des observations à cet égard au lieutenant-gouverneur; (*Attorney General of Ontario v. Grady* (1988), 34 C.R.R. 289 (H.C. Ont.)) il y a eu violation du droit du patient à l'équité procédurale en ce que la commission n'était saisie d'aucune preuve, relevant de sa compétence, susceptible de justifier ses conclusions et en ce qu'elle n'a pas donné l'occasion de présenter des observations sur une décision qui ne découlait pas raisonnablement de la preuve et des documents soumis et qu'elle a fait montre de partialité en permettant à un représentant du procureur général de faire des remarques enflammées et non pertinentes. De plus, le patient aurait dû être autorisé à présenter ses observations concernant la recommandation de l'expert, et le lieutenant-gouverneur ne peut se fonder sur les recommandations de la commission d'examen que dans la mesure où ces recommandations ont été le fruit d'une audience équitable.



In light of the authorities canvassed above, I agree with the reasons of the Court of Appeal on this point, that the legislative scheme does not offend the principles of fundamental justice. In this respect, Thorson J.A., for the majority of the Court of Appeal held, at pp. 408-9:

I do not accept, however, that a failure of procedural due process occurred in this case. More generally, I do not accept that either s. 542(2) or the process which it set in motion in this case does or did countenance, in the circumstances of this case, a deprivation of the right to liberty of the person, otherwise than in accordance with principles of fundamental justice.

Furthermore, should an individual be denied procedural fairness in any given case, recourse can be had to both *Charter* and private law remedies.

I am also in agreement with the majority of the Court of Appeal's conclusion that s. 542(2) is not arbitrary within the meaning of s. 9 of the *Charter*. Again, Thorson J.A. considers this matter at length and at pp. 415-16 asserts:

In my opinion, the detention authorized by s. 542(2) is not arbitrary. Some period of time is required before an assessment can be made by the authorities of the acquttee's dangerousness and his therapeutic needs. No such assessment is made at his trial. . . .

Further, the finding of not guilty by reason of insanity raises what I accept to be a reasonable concern that the accused may remain a danger to the public and in need of further treatment. Under the statute, it is only after such a finding has been made that the State acquires the right to deprive him for the time being of his liberty in order that these matters may be properly assessed, under conditions that ensure the protection of the public.

As a result of the lengthy consideration given the matter by the Court of Appeal, my comments will be limited. While the section presumes, in effect, that all those found not guilty by reason of insanity should be detained as they may still be dangerous and/or in need of treatment, this presumption is one of com-

Compte tenu de la jurisprudence que je viens de passer en revue, je souscris aux motifs de la Cour d'appel suivant lesquels le régime législatif en cause ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. À cet égard, le juge Thorson, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a conclu ainsi aux pp. 408 et 409:

[TRADUCTION] Je ne puis accepter, toutefois, qu'il y ait eu, en l'espèce, manquement à l'équité procédurale. De façon plus générale, je ne puis accepter que le par. 542(2) ou le processus qu'il a mis en marche en l'espèce comporte ou comportait, dans les circonstances de l'espèce, une atteinte à la liberté de la personne, d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale.

Au surplus, s'il y avait violation de l'équité procédurale dans un cas donné, la victime pourrait recourir tant à la *Charte* qu'aux redressements de droit privé.

Je me range également à la conclusion de la Cour d'appel à la majorité suivant laquelle le par. 542(2) n'est pas arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*. Après un examen détaillé de la question, le juge Thorson affirme aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] À mon avis, la détention autorisée par le par. 542(2) n'est pas arbitraire. L'évaluation par les autorités du caractère dangereux de la personne acquittée et de ses besoins en matière de traitement prend un certain temps. Aucune évaluation de ce genre n'est faite lors de son procès. . . .

En outre, la déclaration de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale soulève, à mon avis, une préoccupation raisonnable que l'accusé demeure peut-être un danger pour le public et a besoin de traitements additionnels. En vertu de la loi, ce n'est qu'après cette déclaration que l'État a le droit de le priver de sa liberté pour le moment afin de bien évaluer ces questions, dans des conditions qui permettent d'assurer la protection du public.

En raison de l'examen approfondi que la Cour d'appel a fait de cette question, mes remarques seront brèves. Bien que l'article présume, de fait, que toutes les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale devraient être détenues parce qu'elles peuvent encore présenter un danger ou avoir

mon, practical sense and one that Parliament is constitutionally empowered to act upon.

In addition, although the Court of Appeal lacked the guidance of recent decisions of this Court, this Court has not, in its consideration of the s. 9 *Charter* guarantee, articulated standards that cast doubt on the conclusion reached by the majority of the Court of Appeal in the present case. While the impugned section confers the power to detain acquittees who may not be presently dangerous or in need of treatment, it does not do so arbitrarily.

In *R. v. Lyons, supra*, La Forest J., in determining whether or not Part XXI of the *Criminal Code* was arbitrary, examined, at p. 347, the scope of the legislation and the relationship between the legislative provisions and their objectives:

However, even giving the word "arbitrary" its broadest signification, it is readily apparent that not only is the incarceration statutorily authorized, but that the legislation narrowly defines a class of offenders with respect to whom it may properly be invoked, and prescribes quite specifically the conditions under which an offender may be designated as dangerous. . . . Moreover, implicit in my discussion of the s. 12 issue is the common sense conclusion that the criteria in Part XXI are anything but arbitrary in relation to the objectives sought to be attained; they are clearly designed to segregate a small group of highly dangerous criminals . . . [Emphasis added.]

In *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, Le Dain J., for the Court, framed the inquiry in these words at p. 633:

Although authorized by statute and carried out for lawful purposes, the random stop for the purposes of the spot check procedure nevertheless resulted, in my opinion, in an arbitrary detention because there were no criteria for the selection of the drivers to be stopped and subjected to the spot check procedure. The selection was in the absolute discretion of the police officer. A discretion is arbitrary if there are no criteria, express or implied, which govern its exercise. [Emphasis added.]

encore besoin de traitement, ou les deux, il s'agit d'une présomption logique dont le Parlement peut, dans le respect de la Constitution, se réclamer.

En outre, bien que la Cour d'appel n'ait pu s'inspirer des récents arrêts de notre Cour, nous n'avons pas, dans l'examen de la garantie qu'accorde l'art. 9 de la *Charte*, énoncé de normes permettant de mettre en doute la conclusion à laquelle elle est arrivée à la majorité, en l'espèce. L'article attaqué confère, certes, le pouvoir de détenir des personnes acquittées qui ne sont peut-être pas dangereuses à l'heure actuelle ou ne nécessitent peut-être pas de traitement, mais il ne le fait pas de façon arbitraire.

Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, le juge La Forest, en cherchant à déterminer si la partie XXI du *Code criminel* était arbitraire, a examiné, à la p. 347, le champ d'application des dispositions législatives et leur relation avec l'objectif poursuivi:

Toutefois, même si l'on donne au mot «arbitraire» son sens le plus large, on se rend vite compte que non seulement l'incarcération est-elle autorisée par la loi, mais que les dispositions pertinentes définissent une catégorie restreinte de délinquants à l'égard desquels ces dispositions peuvent être légitimement invoquées, et qu'elles prescrivent en des termes on ne peut plus précis à quelles conditions un délinquant peut être désigné comme dangereux. [. . .] De surcroît, mon étude de la question concernant l'art. 12 comporte implicitement la conclusion, commandée par le bon sens, que les critères énoncés à la partie XXI sont loin d'être arbitraires compte tenu des objectifs visés; ils sont nettement conçus pour isoler un petit groupe de criminels extrêmement dangereux . . . [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, le juge Le Dain, parlant au nom de la Cour, a formulé en ces termes, à la p. 633, la question que l'on doit se poser:

Bien qu'autorisé par la loi et exécuté pour des fins légitimes, l'arrêt au hasard, effectué dans le but de procéder à un contrôle routier ponctuel, a néanmoins entraîné, à mon avis, une détention arbitraire parce qu'il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel. La sélection était laissée à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice. [Je souligne.]

Regard should also be had to the words of La Forest J. in *R. v. Beare*; *R. v. Higgins, supra*. La Forest J. addressed the question of whether, due to their arbitrary operation, certain provisions respecting fingerprinting, found in the *Identification of Criminals Act* and the *Criminal Code*, violated the principles of fundamental justice. Important in his analysis were considerations of the scope of the legislation and the nature of the individuals subject to it. At pages 408-9 La Forest J. held:

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:

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. [Emphasis added.]

Similarly, the impugned legislation in the instant case operates in a restricted fashion and applies only to insane acquitteds charged with an indictable offence. Further, the trial judge, has a discretion as to the place and the manner of the initial detention.

The last case I will mention in this regard is *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, wherein Lamer C.J., for the majority, found, at pp. 722-23, that s. 669 of the *Criminal Code*, which imposed a mandatory term of imprisonment for those convicted of first degree murder, was not arbitrary because:

... Parliament has narrowly defined a class of murderers under an organizing principle of illegal domination and has specifically defined the conditions under which the offender can be found guilty of first degree murder. ... The decision of Parliament to attach a minimum 25-year sentence without eligibility for parole in cases

Il convient également de souligner les propos du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, précité. Le juge La Forest a analysé la question de savoir si certaines dispositions relatives à la prise d'empreintes digitales contenues dans la *Loi sur l'identification des criminels* et dans le *Code criminel* violaient, par la façon arbitraire dont elles entrent en jeu, les principes de justice fondamentale. Les éléments importants de son examen portaient sur le champ d'application des dispositions législatives et la catégorie d'individus visés. Le juge La Forest a conclu ainsi, aux pp. 408 et 409:

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 ...

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. [Je souligne.]

De même en l'espèce, les mesures législatives attaquées jouent de façon restreinte et ne s'appliquent qu'aux personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale qui étaient accusées d'un acte criminel. De plus, le juge du procès possède un pouvoir discrétionnaire quant au lieu et aux conditions de la détention initiale.

Le dernier arrêt que je mentionnerai à cet égard est l'arrêt *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, dans lequel le juge en chef Lamer a conclu au nom de la majorité, aux pp. 722 et 723, que l'art. 669 du *Code criminel*, qui impose une période obligatoire d'emprisonnement aux accusés déclarés coupables de meurtre au premier degré, n'était pas arbitraire parce que:

... le Parlement a donné une définition restreinte d'une catégorie de meurtriers en vertu d'un principe directeur fondé sur la domination illégale et a défini spécifiquement les conditions auxquelles le délinquant peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré. [...] On ne peut pas dire que la décision du Parlement d'assortir

of first degree murder, having regard to all these circumstances, cannot be said to be arbitrary. . . . The incarceration is statutorily authorized, it narrowly defines a class of offenders with respect to whom the punishment will be invoked and it prescribes quite specifically the conditions under which an offender may be found guilty of first degree murder. [Emphasis added.]

It is clear then, that one must look at the operation of the provision in question in its entire context. In this light, contrary to the assertions of the Chief Justice, the criteria, that the Crown respondent contends inform the s. 542(2) detention decision, are not irrelevant to the s. 9 inquiry. Indeed, these criteria typify the kinds of considerations that this Court has determined to be important in assessing whether the government has acted arbitrarily. “[H]aving regard to all these circumstances”, (*per* Lamer C.J. in *Luxton, supra*), and, for the reasons expressed by Thorson J.A. for the majority of the Court of Appeal, the impugned legislative provision does not operate arbitrarily and, consequently, the detention of the appellant here was not arbitrary.

Before finally disposing of this case, I would like to make some brief comments about the legislation challenged in this case. In attempting to address the unique position of the insane acquittee, Parliament has set up a comprehensive system of assessment and review. Mere literal reference to the text of the *Criminal Code* goes only a short distance towards an understanding of its working and its practical complexity. While I am by no means suggesting that Parliament has devised the best or the most sophisticated scheme, and while the reform suggestions made by the Law Reform Commission may have merit, Parliament has, in the context of the issues raised in this case, made constitutionally permissible choices. In any evaluation of complex legislative schemes, such as the one here, the judiciary has an obligation to respect the integrity of the scheme and to measure it against constitutional guarantees with this integrity in mind. This is especially the case in situations where, as here, difficult predictive and treatment decisions are involved. In the absence of some constitutional imperative, and there is none here, and however

le meurtre au premier degré d'une peine minimale de 25 ans d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle est, compte tenu de toutes ces circonstances, arbitraire [. . .] La loi autorise l'emprisonnement, elle donne une définition restreinte d'une catégorie de délinquants contre qui on invoquera la peine et elle prescrit de manière très précise les conditions auxquelles un délinquant peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré. [Je souligne.]

Il ne fait donc aucun doute que l'on doit examiner la disposition en cause dans son contexte global. Cela dit, contrairement aux affirmations du Juge en chef, les critères qui, d'après le ministère public intimé, éclairent la décision relative à la détention en vertu du par. 542(2), ne sont pas étrangers à un examen fondé sur l'art. 9. De fait, ces critères servent à catégoriser le genre d'éléments que notre Cour a jugé importants pour apprécier si le gouvernement a agi arbitrairement. «[C]ompte tenu de toutes ces circonstances» (le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Luxton*, précité), et pour les motifs qu'a exprimés le juge Thorson pour la Cour d'appel à la majorité, la disposition législative attaquée ne s'applique pas arbitrairement et, par conséquent, la détention de l'appelant en l'espèce n'était pas arbitraire.

Enfin, avant de conclure, j'aimerais faire quelques brèves remarques au sujet de la législation contestée. En voulant s'attaquer à la position toute particulière de la personne acquittée pour cause d'aliénation mentale, le Parlement a mis en œuvre un mécanisme global d'évaluation et d'examen. Une simple lecture littérale du texte du *Code criminel* ne donne qu'une vague idée du fonctionnement de ce mécanisme et de la complexité de son application pratique. Je n'ai pas, loin de là, la prétention d'affirmer qu'il s'agit du régime le meilleur ou le plus sophistiqué que le Parlement ait pu concevoir et il se peut que les propositions de réforme de la Commission de réforme du droit aient quelque mérite. Mais, dans le contexte des questions soulevées en l'espèce, le Parlement a fait des choix que la Constitution lui permettait de faire. Dans toute évaluation de mécanismes législatifs complexes, comme celui ici en cause, le pouvoir judiciaire se doit d'en respecter l'intégrité et de tenir compte de cette intégrité pour apprécier un système donné au regard des garanties constitutionnelles. C'est particulièrement le cas dans des situations qui,

desirable certain changes may be, this Court cannot act as a "super legislature" and tinker with a legitimate legislative scheme. In light of the complex structure provided by Parliament, any redrafting of the legislation is properly left to reform and legislative bodies.

### Disposition

In light of the above, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Is s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada *intra vires* the Parliament of Canada?

Answer: Yes.

Question 2: Do the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, violate ss. 7, 9, and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, the common law criteria do not limit s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is not necessary to answer this question with respect to ss. 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Question 3: If the answer to question 2 is affirmative, are the common law criteria, enunciated by the Ontario Court of Appeal, permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: This question does not have to be answered.

Question 4: Does the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code*

comme en l'espèce, impliquent des décisions difficiles en matière de traitement et de pronostic. En l'absence d'impératif constitutionnel, comme en l'espèce, et quelque souhaitables que puissent s'avérer certains changements, notre Cour ne saurait se comporter comme une «super-législature» et jongler avec les pièces d'un mécanisme législatif légitime. Compte tenu de la complexité de la structure créée par le Parlement, toute velléité de réécrire la législation doit être laissée aux commissions de réforme et aux organismes législatifs.

### Dispositif

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Question 1: Le paragraphe 542(2) du *Code criminel* du Canada est-il *intra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Oui.

Question 2: Les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non, les critères de common law ne restreignent pas l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'y a pas lieu de répondre à cette question en ce qui concerne les art. 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Question 3: Si la réponse à la 2<sup>e</sup> question est affirmative, les critères de common law, énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario, qui permettent à la poursuite de produire une preuve de l'aliénation mentale d'un accusé, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

Question 4: Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformé-

of Canada violate ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 5: If the answer to question 4 is affirmative, is the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the *Criminal Code* of Canada, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: This question does not have to be answered.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting. The constitutional questions were answered as follows: (1) s. 542(2) of the Criminal Code was intra vires; (2) the common law criteria limited s. 7 of the Charter—it was not necessary to consider ss. 9 and 15 of the Charter—and (3) were not justified by s. 1; (4) s. 542(2) of the Criminal Code violated ss. 7 and 9 of the Charter and (5) was not justified by s. 1.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Lieutenant Governor's Board of Review of Ontario: Hughes, Amsys, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Disability Rights Council, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Association of Community Living: British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.*

ment au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, viole-t-il les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Question 5: Si la réponse à la 4<sup>e</sup> question est affirmative, le pouvoir que confère la loi de détener une personne déclarée non coupable en raison de son aliénation mentale conformément au par. 542(2) du *Code criminel* du Canada, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

*Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissident. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes: (1) le par. 542(2) du Code criminel est intra vires, (2) les critères de common law restreignent l'art. 7 de la Charte—it n'est pas nécessaire de répondre au sujet des art. 9 et 15 de la Charte—et (3) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, (4) le par. 542(2) du Code criminel viole les art. 7 et 9 de la Charte et (5) il n'est pas justifié en vertu de l'article premier.*

*Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission d'examen du lieutenant-gouverneur de l'Ontario: Hughes, Amsys, Toronto.*

*Procureurs des intervenants le Conseil canadien des droits des personnes handicapées, l'Association canadienne pour la santé mentale et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire: British Columbia Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.*

**National Bank of Canada** *Appellant*

v.

**Atomic Slipper Co. Ltd. and Gabriel Tardi** *Respondents*

and

**Registrar of the Montréal Registration Division** *Mis en cause*

and

**Canadian Bankers' Association** *Intervener*

and between

**Atomic Slipper Co. Ltd. and Gabriel Tardi** *Appellants*

v.

**National Bank of Canada** *Respondent*

and

**Registrar of the Montréal Registration Division** *Mis en cause*

INDEXED AS: NATIONAL BANK OF CANADA v. ATOMIC SLIPPER CO.

File Nos.: 21177, 21190.

1991: January 28; 1991: May 16.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Banks and banking operations — Powers of banks — Loans and security — Taking of possession and sale of goods given as security for loan — Debtor in default to bank — Validity of taking of possession — Value of goods given as security.*

**Banque Nationale du Canada** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Atomic Slipper Co. Ltd. et Gabriel Tardi** *Intimés*

et

<sup>b</sup>

**Le registrateur de la division d'enregistrement de Montréal** *Mis en cause*

<sup>c</sup> et

**L'Association des banquiers canadiens** *Intervenant*

<sup>d</sup>

et entre

**Atomic Slipper Co. Ltd. et Gabriel Tardi** *Appellants*

<sup>e</sup>

c.

**Banque Nationale du Canada** *Intimée*

<sup>f</sup>

et

**Le registrateur de la division d'enregistrement de Montréal** *Mis en cause*

<sup>g</sup>

RÉPERTORIÉ: BANQUE NATIONALE DU CANADA c. ATOMIC SLIPPER CO.

Nos du greffe: 21177, 21190.

<sup>h</sup>

1991: 28 janvier; 1991: 16 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Stevenson et Iacobucci.

<sup>i</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Banques et opérations bancaires — Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Prise de possession et vente des biens donnés en garantie d'un prêt — Défaut de la débitrice envers la banque — Validité de la prise de possession — Valeur des biens donnés en garantie.*

*Banks and banking operations — Powers of banks — Loans and security — Taking of possession and sale of goods given as security for loan — Agreements between debtor and bank governing how possession to be taken and goods sold — Validity and applicability of agreements — Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1, ss. 88, 89.*

*Civil procedure — Representation in court — Companies — Company represented in court by its president, who is not a lawyer — Representation of a company other than by counsel not valid — Company considered as not having appeared in record in main appeal and as not having appealed in cross-appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 61 — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128.*

Appellant Bank took care of Atomic's financing needs by a line of credit which could be used in the form of advances repayable on demand. To cover the credit line, the Bank held security on goods manufactured by Atomic pursuant to s. 88(1)(b) of the *Bank Act*. Tardi, Atomic's president and principal shareholder, had personally guaranteed the company's obligations to the Bank. Between 1975 and 1979, the Bank began to be concerned by a drop in sales and, in February 1979, asked Atomic and Tardi to reduce the loans and provide additional security. They were not able to meet these new requirements and in June 1979 the Bank demanded payment of the amount owed within 10 days. As payment was not made, the Bank instructed a firm of chartered accountants to represent it in realizing on the security. Tardi recognized in writing the Bank's right to take possession of the goods, which he later sent to the Bank's agent. Once the goods had been received, the firm published notices of calls for tenders in the newspapers, invited retailers to make bids and sold the goods for the highest amount bid. The Bank subsequently brought an action against Atomic and Tardi claiming from them the balance due.

The Superior Court allowed the action but this judgment was reversed by the Court of Appeal. That court found that the Bank did not have the power under the *Bank Act* to take possession of goods given as security and that the agreements between the Bank and Atomic conferring a power of seizure were inapplicable and unlawful. The court further concluded that the Bank had acted improperly in claiming full payment in June 1979, since the document signed by Atomic and the Bank on

*Banques et opérations bancaires — Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Prise de possession et vente des biens donnés en garantie d'un prêt — Conventions entre la débitrice et la banque régissant les modalités de la prise de possession et de la vente des biens — Validité et applicabilité des conventions — Loi sur les banques, S.R.C. 1970, ch. B-1, art. 88, 89.*

*Procédure civile — Représentation devant les tribunaux — Compagnies — Compagnie représentée devant le tribunal par son président qui n'est pas un avocat — Représentation d'une compagnie autrement que par avocat non valable — Compagnie considérée comme n'ayant pas comparu au dossier dans le pourvoi principal et comme n'ayant pas interjeté appel dans le pourvoi incident — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61 — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128.*

La banque appelante assurait les besoins en financement d'Atomic par un crédit utilisable sous forme d'avances remboursables à demande. Pour couvrir le crédit, la banque détenait une garantie sur la marchandise fabriquée par Atomic en vertu de l'al. 88(1)(b) de la *Loi sur les banques*. Tardi, président et principal actionnaire d'Atomic, avait de plus cautionné personnellement les obligations de la compagnie envers la banque. Entre 1975 et 1979, la banque a commencé à s'inquiéter de la baisse des ventes et, en février 1979, a demandé à Atomic et à Tardi de réduire les emprunts et de fournir de nouvelles garanties. Ils n'ont pu satisfaire à ces nouvelles exigences et, en juin 1979, la banque a demandé le paiement du montant dû dans les 10 jours. Le paiement n'ayant pas été obtenu, la banque a donné mandat à une firme de comptables agréés de la représenter dans la réalisation des garanties. Tardi a reconnu par écrit le droit de la banque de prendre possession des biens, qu'il a expédiés plus tard au mandataire de la banque. Une fois les biens reçus, la firme a fait publier des avis de demandes de soumissions dans les journaux, invité des détaillants à faire des offres, et vendu la marchandise pour le montant le plus élevé. Par la suite, la banque a intenté une action contre Atomic et Tardi pour leur réclamer le solde dû.

La Cour supérieure a accueilli l'action mais ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel. Cette cour a conclu que la banque n'avait pas le pouvoir, en vertu de la *Loi sur les banques*, de prendre possession des biens donnés en garantie et que les conventions attributives d'un pouvoir de saisie intervenues entre la banque et Atomic étaient inapplicables et illégales. La cour a également conclu que la banque avait agi sans droit en réclamant le paiement total en juin 1979 puisque le



July 8, 1978 was an application for a line of credit for one year. By accepting this new application the Bank led the borrower to think that it was agreeing that the credit line would be available until July 8, 1979. Finally, the court noted that Atomic would have been able to dispose of the goods in the course of its business for an amount greater than that received by the Bank. Since the latter had acted improperly in claiming payment, the court credited the company with the difference.

*Held:* The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The Court of Appeal erred in considering that the Bank could not call in its loan before July 8, 1979 because it had extended credit until that date. It is important not to confuse the promissory notes and the document signed by Atomic which provided that the security would apply to all advances that might be made until July 8, 1979. The period of one year mentioned in this document does not alter the real nature of the promissory note and transform it into a term loan. In this case, the credit line ceased to be in effect on December 31, 1978 and was not renewed in 1979. In view of the refusal by Atomic and Tardi to comply with the Bank's request that the loans be reduced and additional security provided following an increase in inventory and drop in sales, the Bank was justified in demanding payment of the loan. It gave them ample time to comply in view of the nature of the loans and the evidence submitted.

It is not necessary to determine whether the Bank was entitled to seize and take possession of the goods given as security under s. 88(1)(b) of the *Bank Act* without first obtaining judicial authorization. The evidence showed that though Tardi did not appreciate having to part with Atomic's inventory and subsequently challenged the Bank's action, at the time of the default he did agree to hand over the goods to the firm responsible for realizing on the security. Judicial authorization would therefore not have served any useful purpose, since Atomic and Tardi not only did not object but consented to hand over the inventory to the Bank. The Bank consequently took possession of the inventory legitimately and thus had full power to proceed with the sale of it. A debtor may at any time consent to his creditor's taking possession even though the latter is not empowered to do so legally or by contract.

document signé par Atomic et la banque le 8 juillet 1978 était une demande de marge de crédit en vigueur pour un an. En acceptant cette nouvelle demande, la banque avait induit l'emprunteur à croire qu'elle acceptait que le crédit soit disponible jusqu'au 8 juillet 1979. Enfin, la cour a remarqué qu'Atomic aurait été capable de disposer de la marchandise dans le cours de ses affaires pour une somme supérieure à celle reçue par la banque. Puisque cette dernière avait mal agi en réclamant paiement, la cour a accordé crédit à la compagnie pour la différence.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La Cour d'appel a erré en estimant que la banque ne pouvait rappeler son prêt avant le 8 juillet 1979 parce qu'elle avait accordé son crédit jusqu'à cette date. Il faut se garder de confondre les billets promissaires et le document signé par Atomic qui prévoyait que la garantie vaudrait pour toutes les avances pouvant être faites jusqu'au 8 juillet 1979. La période d'un an mentionnée sur ce document ne fait pas perdre au billet promissaire sa véritable nature et ne le transforme pas en emprunt à terme. En l'espèce, le crédit avait cessé d'être en vigueur le 31 décembre 1978 et ne fut pas renouvelé en 1979. Vu le refus d'Atomic et de Tardi d'obtempérer à la demande de la banque de réduire les emprunts et de concéder des garanties additionnelles à la suite de l'augmentation des stocks et de la baisse des ventes, la banque était justifiée de réclamer le paiement du prêt. Un délai amplement suffisant leur a été accordé pour s'exécuter compte tenu de la nature des emprunts et de la preuve présentée.

Il n'est pas nécessaire de déterminer si la banque avait le droit de saisir et de prendre possession des biens donnés en garantie en vertu de l'al. 88(1)b) de la *Loi sur les banques* sans préalablement obtenir une autorisation judiciaire. La preuve démontre que même si Tardi n'a pas apprécié devoir se défaire des stocks d'Atomic et qu'il a subséquemment contesté l'action de la banque, il a néanmoins accepté au moment du défaut de livrer les biens à la firme chargée de la réalisation. Une autorisation judiciaire ne s'avérait donc d'aucune utilité puisqu'Atomic et Tardi, non seulement ne s'opposaient pas mais consentaient à remettre les stocks à la banque. La banque a dès lors pris possession de manière légitime des stocks et avait, de ce fait, pleins pouvoirs de procéder à la vente. En tout temps, un débiteur peut consentir à la prise de possession de son créancier même si ce dernier ne dispose pas de pouvoirs légaux ou conventionnels à cet effet.

Further, there is nothing to prevent a bank taking possession of goods if it has acquired such a right by agreement and the debtor does not object. In that case, it does not have to seek leave of the court in order to realize on its security. Such agreements are not contrary to public policy or the *Bank Act*. Here the Bank had a contractual right to take possession of the inventory. The agreements including a power to take possession signed annually by Atomic until 1975 were continuing agreements applying to all present and future securities of the Bank. Since these agreements covered loans and advances made in the past, present and future, it was not necessary for the Bank to have an agreement signed each year. The 1975 agreement remained in effect and was binding on Atomic in the absence of a waiver by the Bank.

There is no basis for altering the value of the goods accepted by the trial judge. Aside from the fact that realizing on the security was not illegal, the evidence established that the amount obtained by the Bank was similar to that obtained by Atomic in the months preceding this realization. Further, Atomic and Tardi were unable to establish any negligence by the Bank or its agent. The firm of accountants took reasonable steps to obtain the best possible price for the sale. Finally, the value claimed for the inventory by Tardi is unwarranted. Tardi inflated the value of the goods given as security and the evidence does not support his allegations of a higher value.

#### Cases Cited

**Disapproved:** *St-Louis Automobiles Ltée v. Banque Nationale du Canada* (1981), 42 C.B.R. (N.S.) 275; **referred to:** *Thomassin v. General Finance Corp.*, [1953] Que. Q.B. 375; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Rosemex Inc. v. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344; *Banque Canadienne Nationale v. Lefavre*, [1951] Que. K.B. 83; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Heppner* (1965), 51 D.L.R. (2d) 254; *Canada Motor Car Co. v. Béchard* (1924), 37 Que. K.B. 294; *Omer Barré Ltd. v. Gravel* (1940), 78 C.S. 262; *Gabriola Building Supplies Ltd. v. Lloyds Bank of Canada* (1989), 72 C.B.R. (N.S.) 188; *Provincial Bank of Canada v. Gagnon*, [1981] 2 S.C.R. 98; *National Bank of Canada v. Corbeil*, [1991] 1 S.C.R. 117.

De plus, rien n'empêche une banque de prendre possession des biens donnés en garantie si elle a acquis ce droit par convention et que le débiteur ne s'y oppose pas. En tel cas, elle n'a pas à obtenir une autorisation judiciaire afin de procéder à la réalisation de sa garantie. Ces conventions ne sont pas contraires à l'ordre public ou à la *Loi sur les banques*. En l'espèce, la banque avait un droit conventionnel de prendre possession des stocks. Les conventions comportant un pouvoir de prise de possession signées annuellement par Atomic jusqu'en 1975 étaient des conventions continues s'appliquant à toutes les garanties présentes et futures de la banque. Puisque ces conventions visaient les prêts et avances consentis dans le passé, dans le présent et pour l'avenir, il n'était pas nécessaire pour la banque de faire signer une convention à chaque année. La convention de 1975 était toujours en vigueur en 1979 et liait Atomic vu l'absence de renonciation de la banque.

Il n'y a pas lieu d'intervenir en ce qui a trait à la valeur des biens acceptée par le juge du procès. Outre le fait que la réalisation de la garantie n'est pas illégale, la preuve a établi que le montant obtenu par la banque était d'un même ordre de grandeur que celui qu'Atomic obtenait dans les mois précédant cette réalisation. De plus, Atomic et Tardi n'ont pas réussi à faire la preuve d'une quelconque négligence de la banque ou de son mandataire. La firme de comptables a pris les moyens raisonnables pour tirer le meilleur prix possible de la vente. Enfin, la valeur des stocks réclamée par Tardi n'est pas justifiée. Tardi soufflait la valeur des biens donnés en garantie et la preuve n'appuie pas ses prétentions de valeur plus élevée.

#### g Jurisprudence

**Arrêt critiqué:** *St-Louis Automobiles Ltée v. Banque Nationale du Canada* (1981), 42 C.B.R. (N.S.) 275; **arrêts mentionnés:** *Thomassin v. General Finance Corp.*, [1953] B.R. 375; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Rosemex Inc. c. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344; *Banque Canadienne Nationale v. Lefavre*, [1951] B.R. 83; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Heppner* (1965), 51 D.L.R. (2d) 254; *Canada Motor Car Co. v. Béchard* (1924), 37 B.R. 294; *Omer Barré Ltd. v. Gravel* (1940), 78 C.S. 262; *Gabriola Building Supplies Ltd. v. Lloyds Bank of Canada* (1989), 72 C.B.R. (N.S.) 188; *Banque Provinciale du Canada c. Gagnon*, [1981] 2 R.C.S. 98; *Banque Nationale du Canada c. Corbeil*, [1991] 1 R.C.S. 117.

**Statutes and Regulations Cited**

*Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1, s. 128.  
*Bank Act*, R.S.C. 1970, c. B-1, ss. 88, 89, 148.  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 365.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 61.  
*Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 136 to 146.

**Authors Cited**

Goldstein, Y. Annotation on *Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 1.  
 Macdonald, Roderick A. "Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.: Commercial Practice Meets Constitutional Law" (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 2087, 16 Q.A.C. 56\*, 53 D.L.R. (4th) 703, 70 C.B.R. (N.S.) 1, reversing a judgment of the Superior Court, J.E. 84-945. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

*Michel Deschamps* and *Maurice LeBel*, for the National Bank of Canada.

*Gabriel Tardi*, for himself and for Atomic Slipper Co.

*P. Wilbrod Gauthier, Q.C.*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—This is an action for repayment of loans made by a bank and accompanied *inter alia* by security pursuant to ss. 88 and 89 of the *Bank Act*, R.S.C. 1970, c. B-1 (now ss. 178 and 179 of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1). The judgment of the Quebec Superior Court allowing the action was reversed by the Court of Appeal. Both parties are appealing the latter judgment. The case turns primarily on the validity of an agreement between a debtor and a bank governing the taking of possession and the sale of goods given as security.

\* Judgment in rectification (1988), 21 Q.A.C. 54.

**Lois et règlements cités**

*Code civil du Bas-Canada*, art. 365.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 61.  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 136 à 146.  
*Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1, art. 128.  
*Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, ch. B-1, art. 88, 89, 148.

**Doctrines citées**

Goldstein, Y. Annotation on *Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 1.  
 Macdonald, Roderick A. «Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.: Commercial Practice Meets Constitutional Law» (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 2087, 16 Q.A.C. 56\*, 53 D.L.R. (4th) 703, 70 C.B.R. (N.S.) 1, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 84-945. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

*Michel Deschamps* et *Maurice LeBel*, pour la Banque Nationale du Canada.

*Gabriel Tardi*, pour lui même et pour Atomic Slipper Co.

*P. Wilbrod Gauthier, c.r.*, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit d'une action en remboursement de prêts consentis par une banque et assortis entre autres de garanties selon les art. 88 et 89 de la *Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, ch. B-1 (aujourd'hui les art. 178 et 179 de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1). Le jugement de la Cour supérieure du Québec accueillant l'action a été infirmé par la Cour d'appel. Les deux parties se pourvoient contre cette dernière décision. Le litige soulève principalement la validité d'une convention entre un débiteur et une banque pour régir les modalités de la prise de possession et de la vente de marchandises données en garantie.

\* Jugement en rectification (1988), 21 Q.A.C. 54.

I—Facts and Proceedings

In 1979 Atomic Slipper Co. Ltd. (“Atomic”) was a slipper manufacturing business the president and principal shareholder of which was the co-respondent in the main appeal, Gabriel Tardi (“Tardi”). Since 1950 Atomic’s banker had been the Provincial Bank of Canada, the bank to which the appellant, the National Bank of Canada (the “Bank”), was the successor.

For many years the Bank took care of Atomic’s financing needs by a line of credit which could be used in the form of advances repayable on demand. To cover the credit line, the Bank held security on Atomic’s inventory pursuant to s. 88 of the *Bank Act*. As well, Tardi had personally guaranteed Atomic’s obligations to the Bank for up to \$650,000 and had secured this guarantee by a hypothec on two immovable properties.

Between 1975 and 1979 the Bank began to be concerned by a drop in sales and asked Atomic to reduce its inventory. On February 8, 1979 the business’s debt was approximately \$600,000, and the Bank then asked Atomic and Tardi to provide additional security. As this request was only partly met, Atomic and Tardi received on April 17, 1979 a letter in which the Bank suggested that the borrowers should find a new banker. The debtors refused and on June 8, 1979 the Bank demanded payment of the amount owed within 10 days.

As payment was not made, the Bank on June 19, 1979 instructed a firm of chartered accountants, Clarkson, Gordon Co. (“Clarkson”), to represent it in realizing on the security. On June 20 representatives of Clarkson went to Atomic’s premises to communicate the Bank’s decision to Tardi and take an inventory of the secured goods. Tardi replied that he would prepare a list himself. On the following day and the day after Tardi wrote the Bank two letters in which he admitted that the latter had the right to take possession of the inventory, but added that he did not authorize Clarkson to use Atomic’s premises to deal

I—Faits et procédures

Atomic Slipper Co. Ltd. («Atomic») était en 1979, une entreprise manufacturière de pantoufles dont le président et principal actionnaire était le coïntimé dans l’appel principal, Gabriel Tardi («Tardi»). Depuis 1950, le banquier d’Atomic était la Banque Provinciale du Canada, banque à laquelle l’appelante, Banque Nationale du Canada (la «Banque»), a succédé.

Depuis plusieurs années, la Banque assurait les besoins en financement d’Atomic, par un crédit utilisable sous forme d’avances remboursables à demande. Pour couvrir le crédit, la Banque détenait une garantie sur les stocks d’Atomic, en vertu de l’art. 88 de la *Loi sur les banques*. Tardi avait de plus cautionné personnellement jusqu’à concurrence de 650 000 \$, les obligations d’Atomic envers la Banque et il avait garanti ce cautionnement au moyen d’une hypothèque sur deux immeubles.

Entre 1975 et 1979, la Banque commence à s’inquiéter de la baisse des ventes et demande à Atomic de réduire ses stocks. Le 8 février 1979, la dette de l’entreprise s’élève à environ 600 000 \$ et c’est à ce moment que la Banque demande à Atomic et à Tardi de fournir de nouvelles garanties. N’ayant satisfait que partiellement à cette demande, Atomic et Tardi reçoivent, le 17 avril 1979, une lettre où la Banque propose aux emprunteurs de se chercher un nouveau banquier. Les débiteurs refusent et le 8 juin 1979, la Banque demande paiement du montant dû dans les 10 jours.

Le 19 juin 1979, paiement n’ayant pas été obtenu, la Banque donne mandat à une firme de comptables agréés Clarkson, Gordon Co. («Clarkson») de la représenter dans la réalisation des garanties. Le 20 juin, les représentants de Clarkson se présentent à l’établissement d’Atomic aux fins de signifier à Tardi la décision de la Banque et procéder à l’inventaire des biens mis en garantie. Tardi répond qu’il procédera lui-même au décompte. Le lendemain et le surlendemain, Tardi écrit à la Banque deux lettres dans lesquelles il reconnaît à celle-ci le droit de prendre possession des inventaires mais ajoute qu’il n’auto-

with the inventory and would send it to Clarkson at the Bank's expense.

The first shipment was made on June 29, 1979, on a Friday afternoon, when Clarkson learned that a truck was on the way to deliver a load of slippers at its offices on the twentieth floor of a building located in downtown Montréal, at the corner of University Avenue and René-Lévesque Boulevard. Clarkson then took steps to find premises, where the load was finally stored on July 4, 1979. Similar shipments followed until August 1979; on each occasion, Tardi refused to indicate the dates of the shipments in advance.

Clarkson published notices of calls for tenders in the newspapers. It also individually invited shoe retailers to make bids. The goods were then sold for \$210,555, which was the amount of the highest bid. After the expenses incurred had been deducted, the net amount received by the Bank was \$182,825.

The Bank subsequently brought an action against Atomic and Tardi claiming from them the balance due, namely \$475,194.16 plus interest. The Bank's action also contained hypothecary conclusions with respect to Tardi, whose guarantee had been partially secured by a hypothec on two of his immovable properties. At trial, the defendants' principal argument was that the payment deadlines given by the Bank were not reasonable.

## II—The Judgments Below

*Superior Court*, J.E. 84-945

After reviewing the evidence on either side regarding the loans, Hannan J. concluded that after deducting the credit of \$182,825, the net amount realized from the seized goods, Atomic owed the Bank the sum of \$452,512.32 in capital and interest. He considered that Tardi was liable for these amounts pursuant to the letters of guarantee and that the hypothecs given by Tardi were enforceable by the Bank.

Ruling on the defences put forward by Atomic and Tardi, he concluded on the evidence that the Bank

rise pas Clarkson à utiliser l'établissement d'Atomic pour disposer des inventaires mais qu'il expédiera ceux-ci à Clarkson aux frais de la Banque.

Une première expédition a lieu le 29 juin 1979, un vendredi après-midi, alors que Clarkson apprend qu'un camion est en route pour livrer un chargement de pantoufles à ses bureaux, au 20<sup>e</sup> étage d'un édifice situé au centre-ville de Montréal, à l'angle de l'avenue University et du boulevard René-Lévesque. Clarkson fait alors des démarches pour trouver un local, où le chargement est finalement entreposé le 4 juillet 1979. Des expéditions semblables suivent jusqu'au mois d'août 1979; à chaque fois, Tardi refuse d'indiquer à l'avance les dates de ces expéditions.

Clarkson fait publier des avis de demandes de soumissions dans les journaux. De plus, il invite individuellement des détaillants en chaussures à faire des offres. Les biens sont alors vendus pour 210 555 \$, soit le montant de l'offre la plus élevée. Déduction faite des frais encourus, le montant net reçu par la Banque est de 182 825 \$.

Par la suite, la Banque intente une action contre Atomic et Tardi pour leur réclamer le solde dû, soit 475 194,16 \$ plus les intérêts. L'action de la Banque comporte aussi des conclusions hypothécaires à l'égard de Tardi, dont le cautionnement était partiellement garanti par une hypothèque sur deux de ses immeubles. En première instance, les défendeurs plaident surtout que les délais de paiement consentis par la Banque n'étaient pas raisonnables.

## II—Décisions des instances inférieures

*Cour supérieure*, J.E. 84-945

Le juge Hannan, après examen de la preuve entourant les emprunts de part et d'autre, conclut qu'Atomic devait à la Banque, après déduction du crédit de 182 825 \$, valeur nette réalisée des biens saisis, la somme de 452 512,32 \$ en capital ainsi que les intérêts. Il considère que Tardi est responsable de ces mêmes montants, en vertu de lettres de cautionnement et que les hypothèques consenties par Tardi sont exécutoires par la Banque.

Statuant sur les défenses soulevées par Atomic et Tardi, il conclut selon la preuve que la Banque n'a

had not acted maliciously and had allowed a reasonable time for payment of the debts. He established that s. 89(4) of the *Bank Act* gives the Bank the power to sell goods given as security under s. 88, and was of the view that Atomic and Tardi had waived the notice provided for in s. 89(4).

He then dealt with the allegations made regarding the way in which the Bank had realized on the value of the goods sold. He noted that Tardi and Atomic had not cooperated with Clarkson in shipping the goods. He considered that the methods used to sell the goods were adequate in view of the circumstances and Tardi's attitude, and found nothing that could be faulted in the Bank's procedure.

In considering the value of the inventory, Hannan J. noted that one of the causes of the Bank's dissatisfaction with Atomic's operations was the doubts it had about Tardi's representations concerning the value of the inventory. He pointed out that not only was the inventory to which the Bank had certain rights given an inflated value, but it apparently was unsalable by Atomic in the ordinary course of its business. Hannan J. further observed that the burden of proving a value greater than the price obtained rested on Atomic and Tardi, who had not discharged it. He also noted that there was nothing to indicate that the price accepted was so low that it was in itself proof of fraud or improper practice. He accordingly dismissed the cross-demand.

In conclusion, he ordered Tardi and Atomic jointly and severally to pay the Bank the sum of \$475,194.16, including capital and interest to October 30, 1979, with interest since that time. He declared that two of Tardi's immovable properties were hypothecated to the Bank in the amount of \$172,681.84, with interest from June 19, 1979.

*Court of Appeal*, [1988] R.J.Q. 2087 (Monet and Malouf JJ.A. and Landry J. (*ad hoc*))

In the Court of Appeal Atomic and Tardi argued that the Bank had no power to take possession of the goods given as security under s. 88(1)(b) of the *Bank Act*. They again argued that they had not been given adequate notice and that the Bank had acted negli-

pas agi malicieusement et a accordé un délai raisonnable pour l'acquittement des dettes. Il établit que le par. 89(4) de la *Loi sur les banques* donne le pouvoir à la Banque de vendre les biens donnés en garantie en vertu de l'art. 88 et il considère qu'Atomic et Tardi ont renoncé aux avis prévus par le par. 89(4).

Il traite ensuite des reproches faits à la Banque quant à la réalisation de la valeur des marchandises vendues. Il note que Tardi et Atomic n'ont pas coopéré avec Clarkson dans l'expédition des biens. Il considère que les procédures entourant la vente des biens étaient adéquates eu égard aux circonstances et à l'attitude de Tardi, et ne trouve rien à reprocher à la Banque dans sa façon d'agir.

Examinant la valeur de l'inventaire, le juge Hannan souligne qu'une des causes de l'insatisfaction de la Banque envers les opérations d'Atomic, était les doutes qu'elle éprouvait face aux représentations de Tardi sur la valeur de l'inventaire. Il fait remarquer que non seulement on avait attribué à l'inventaire sur lequel la Banque avait des droits, une valeur gonflée, mais que celui-ci semblait être invendable par Atomic dans le cours ordinaire de ses affaires. Le juge Hannan déclare en outre que le fardeau de prouver une valeur supérieure au prix obtenu reposait sur Atomic et Tardi qui ne s'en sont pas acquittés. Il constate aussi l'absence d'indications démontrant que le prix accepté était si bas qu'il constituait à lui seul la preuve d'une fraude ou d'actes non conformes à l'usage. Il rejette donc la demande reconventionnelle.

En conclusion, il condamne Tardi et Atomic conjointement et solidairement à payer à la Banque la somme de 475 194,16 \$, comprenant capital et intérêts au 30 octobre 1979, avec intérêts depuis. Il déclare hypothéqués en faveur de la Banque deux immeubles de Tardi jusqu'à concurrence de 172 681,84 \$ avec intérêts depuis le 19 juin 1979.

*Cour d'appel*, [1988] R.J.Q. 2087 (les juges Monet, Malouf et Landry (*ad hoc*))

En Cour d'appel, Atomic et Tardi soutiennent que la Banque n'a aucun pouvoir de prendre possession des marchandises accordées en garantie selon l'al. 88(1)(b) de la *Loi sur les banques*. Ils réitèrent qu'ils n'ont pas reçu d'avis adéquat et que la Banque a agi

gently in realizing on the security. The Bank, for its part, while disputing Tardi's allegations noted that he had himself undertaken to deliver the goods to the Bank's representatives.

Malouf J.A. questioned the Bank's powers to take possession of the goods without first obtaining judicial authorization. He noted, to begin with, that the *Bank Act* is to be interpreted solely in light of its provisions, without reference to provincial law, and that in view of the extraordinary powers it confers it must be given a restrictive interpretation. He argued that in enacting s. 88(3), Parliament made it quite clear that the special powers contained therein are not applicable to security given under s. 88(1)(a) and (b). The Bank therefore could not use the Act as authority for taking possession of the inventory.

As regards the agreements concluded between the Bank and the debtors which conferred a power of seizure, Malouf J.A. noted that the last agreement of 1976 had been signed only by Tardi personally and was not binding on Atomic. He also refused to give continuing effect to the document signed by Atomic and Tardi in 1975. In the opinion of the Court of Appeal, none of the agreements referred to in the record applied. Malouf J.A. also pointed out that the said agreements were of no force or effect since it is contrary to public policy to take the law into one's own hands and the Bank could not give itself the power to do indirectly what the law did not allow it to do directly.

He noted that the document signed on July 8, 1978 was an application for a line of credit in the amount of \$700,000, in effect until July 8, 1979. While in his opinion the Bank was not obliged to grant Atomic the credit line requested, he said that by advancing money under this document the Bank accepted the application, or at least led the borrower to think it was accepting it, and that the credit line was available until July 8, 1979. From this he concluded that the Bank acted improperly in claiming full payment on June 9, 1979.

de manière négligente dans la réalisation des garanties. Pour sa part, tout en contestant les allégations de Tardi, la Banque souligne que ce dernier s'est lui-même chargé de livrer les biens chez les représentants de la Banque.

Le juge Malouf s'interroge sur les pouvoirs de la Banque de prendre possession des biens sans préalablement obtenir une autorisation judiciaire. Il note d'abord que la *Loi sur les banques* doit être interprétée seulement à la lumière de ses dispositions sans référer au droit provincial et qu'elle nécessite une interprétation restrictive eu égard aux pouvoirs extraordinaires qu'elle procure. Il soutient qu'en promulguant le par. 88(3), le Parlement a établi en termes clairs que les pouvoirs spéciaux qui y sont inscrits ne sont pas applicables aux garanties données en vertu des al. 88(1)a) et 88(1)b). La Banque ne pouvait donc s'autoriser de la Loi pour prendre possession des inventaires.

Quant aux conventions attributives d'un pouvoir de saisie intervenues entre la Banque et les débiteurs, le juge Malouf précise que la dernière convention de 1976 n'a été signée que par Tardi personnellement et ne lie pas Atomic. Il refuse de plus, de donner une application continue au document signé par Atomic et Tardi en 1975. Selon la Cour d'appel, aucune des conventions citées au dossier n'a d'application. De plus, le juge Malouf souligne que lesdites conventions sont sans effet puisqu'il est contraire à l'ordre public de se faire justice à soi-même et que la Banque ne saurait s'accorder le pouvoir de faire indirectement ce que la loi ne lui permet pas de faire directement.

Il note que le document signé le 8 juillet 1978 était une demande de marge de crédit au montant de 700 000 \$, en vigueur jusqu'à la date du 8 juillet 1979. Tout en considérant que la Banque n'était pas obligée d'accorder à Atomic la marge de crédit réclamée, il déclare qu'en avançant des sommes en vertu de ce document, la Banque a accepté la demande ou du moins a induit l'emprunteur à croire qu'elle l'acceptait et que le crédit était disponible jusqu'au 8 juillet 1979. Il en conclut que la Banque a agi sans droit en réclamant le paiement total le 9 juin 1979.

As to the value of the goods realized on by the Bank, Malouf J.A. noted that the Bank had through its agents obtained approximately \$3 for each pair of slippers. As the books produced indicated that Atomic would have been able to dispose of the slippers in the course of its business for \$4.80 a pair, and the Bank had acted improperly in claiming payment, he credited the company with \$4.80 a pair. Atomic and Tardi were accordingly ordered to pay the Bank \$76,804 with interest.

On October 21, 1988 Malouf J.A. rendered a correcting judgment. In crediting Atomic for the goods seized he had omitted to take into account the fact that the Bank had already deducted from the company's debt the sum of \$182,825, out of the net profits from the sale of the slippers. Other minor points were corrected, with the result that Tardi and Atomic were jointly and severally ordered to pay \$256,129.16.

III—Relevant Statutory Provisions

*Bank Act*, R.S.C. 1970, c. B-1

88. (1) The bank may lend money and make advances

. . .

(b) to any person engaged in business as a manufacturer, upon the security of goods, wares and merchandise manufactured or produced by him or procured for such manufacture or production and of goods, wares and merchandise used in or procured for the packing of goods, wares and merchandise so manufactured or produced;

. . .

and the security may be given by signature and delivery to the bank by or on behalf of the person giving the security of a document in the form set out in the appropriate schedule or in a form to the like effect.

. . .

(3) Where security upon any property is given to the bank under paragraph (1)(c), (d), (e), (f), (g), (h) or (i), the bank, in addition to and without limitation of any other rights or powers vested in or conferred on it, has full power, right and authority, through its officers, employees or agents, in case of

Quant à la valeur des biens réalisés par la Banque, le juge Malouf remarque que la Banque a, par l'entremise de ses agents, obtenu approximativement 3 \$ par paire de pantoufles. Comme les registres soumis indiquent qu'Atomic aurait été capable de disposer de ces pantoufles dans le cours de ses affaires pour une somme de 4,80 \$ la paire, et que la Banque avait mal agi en réclamant paiement, il accorde crédit à la compagnie au taux de 4,80 \$ la paire. Atomic et Tardi sont donc condamnés à payer à la Banque, la somme de 76 804 \$ avec les intérêts.

Le 21 octobre 1988, le juge Malouf rend un jugement en rectification. Il avait omis en créditant Atomic pour les biens saisis, de tenir compte du fait que la Banque avait déjà soustrait de la dette de la compagnie, la somme de 182 825 \$, à même les profits nets de la vente des pantoufles. D'autres questions mineures sont rectifiées, avec le résultat que Tardi et Atomic sont condamnés conjointement et solidairement à payer 256 129,16 \$.

III—Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, ch. B-1

88. (1) La banque peut prêter de l'argent et consentir des avances

. . .

(b) à toute personne faisant des affaires en qualité de fabricant, sur la garantie d'effets, denrées et marchandises qu'elle fabrique ou produit ou qui sont obtenus pour cette fabrication ou production, et sur celle des effets, denrées et marchandises utilisés ou fournis pour l'emballage des effets, denrées et marchandises ainsi fabriqués ou produits;

. . .

et la garantie peut être donnée au moyen de la signature et de la remise à la banque, par ou pour la personne donnant la garantie, d'un document en la forme énoncée à l'annexe appropriée ou en une forme équivalente.

i

. . .

(3) Lorsqu'une garantie sur des biens est donnée à la banque aux termes de l'alinéa (1)(c), (d), (e), (f), (g), (h) ou (i), la banque, en sus de tous autres droits ou pouvoirs qui lui sont dévolus ou conférés, et sans les limiter, a plein pouvoir, droit et autorité, par l'intermédiaire de ses fonctionnaires, employés ou mandataires, en cas



(a) non-payment of any of the loans or advances for which the security was given,

(b) failure to care for or harvest any crop or to care for any livestock covered by the security,

(c) failure to care for any property on which security is given under paragraph (1)(f), (g), (h) or (i),

(d) any attempt, without the consent of the bank, to dispose of any property covered by the security, or

(e) seizure of any property covered by the security,

to take possession of or seize the property covered by the security, and in the case of a crop to care for it and harvest it or thresh the grain therefrom, and in the case of livestock to care for it, and has the right and authority to enter upon land or premises whenever necessary for any such purpose and to detach and remove such property, exclusive of wiring, conduits or piping incorporated in a building, from any real or immovable property to which it is affixed.

89. . . .

(4) In the event of non-payment of any debt, liability, loan or advance, as security for the payment of which the bank has acquired and holds a warehouse receipt or bill of lading or has taken any security under section 88, the bank may sell all or any part of the property mentioned therein or covered thereby and apply the proceeds against such debt, liability, loan or advance, with interest and expenses, returning the surplus, if any, to the person by whom such security was given; but such power of sale shall, unless that person has agreed to sale thereof otherwise than as herein provided, be exercised subject to the following provisions, namely:

(a) every sale of such property other than livestock shall be by public auction after

(i) notice of the time and place of the sale has been sent by registered mail to the recorded address of the person by whom the security was given, at least ten days prior to the sale in the case of any such property other than products of the forest, and at least thirty days prior to the sale in the case of any such property consisting of products of the forest, and

(ii) publication of an advertisement of the sale, at least two days prior to the sale, in at least two newspapers published in or nearest to the place where the sale is to be made stating the time and

a) de non-paiement de l'un quelconque des prêts ou avances pour lesquels cette garantie a été donnée,

b) d'omission de prendre soin ou de faire la moisson de quelque récolte, ou de prendre soin d'animaux de ferme, affectés à la garantie,

c) d'omission de prendre soin de biens sur lesquels une garantie est donnée aux termes de l'alinéa (1)f), g), h) ou i),

d) de tentative, sans le consentement de la banque, de disposer de biens affectés à la garantie, ou

e) de saisie de biens affectés à la garantie,

de prendre possession des biens affectés à la garantie ou de les saisir, et, à l'égard d'une récolte, d'en prendre soin et d'en faire la moisson ou d'en battre le grain, et, à l'égard d'animaux de ferme, d'en prendre soin; et elle a le droit et l'autorité de pénétrer sur le terrain ou dans les locaux, lorsque la chose est nécessaire à l'une quelconque de ces fins, et de détacher et d'enlever ces biens, sauf les fils, conduits ou tuyaux incorporés à un bâtiment, de tous biens immeubles auxquels ils sont fixés.

89. . . .

(4) En cas de non-paiement d'une dette, d'un engagement, d'un prêt ou d'une avance, en garantie du paiement desquels la banque a acquis et détient un récépissé d'entrepôt ou un connaissance, ou a pris quelque garantie prévue à l'article 88, la banque peut vendre la totalité ou une partie des biens y mentionnés ou visés de ce chef et imputer le produit à la dette, l'engagement, le prêt ou l'avance avec intérêts et frais, en en remettant le surplus, s'il en est, à la personne qui a donné cette garantie; mais le pouvoir de vente en question, à moins que cette personne n'ait consenti à leur vente autrement qu'en conformité des présentes, doit être exercé sous réserve des dispositions suivantes, savoir:

a) toute vente de ces biens, autres que les animaux de ferme, doit se faire aux enchères publiques après

(i) que l'avis des temps et lieu de la vente a été envoyé par courrier recommandé à l'adresse inscrite de la personne qui a donné la garantie, au moins dix jours avant la vente, dans le cas de biens de ce genre autres que les produits de la forêt, et au moins trente jours avant la vente, dans le cas de biens de ce genre consistant en produits de la forêt, et

(ii) que l'annonce de la vente a paru, au moins deux jours avant cette vente, dans au moins deux journaux publiés dans l'endroit où la vente doit avoir lieu, ou le plus près de cet endroit, énonçant

place thereof; and if the sale is in the Province of Quebec at least one of such newspapers shall be a newspaper published in the English language and one other newspaper shall be a newspaper published in the French language;

148. Every person who, having possession or control of property mentioned in or covered by any warehouse receipt, bill of lading or any security given to the bank under section 88, and having knowledge of such receipt, bill of lading or security, without the consent of the bank in writing before the loan, advance, debt or liability thereby secured has been fully paid

(a) wilfully alienates or parts with any such property, or

(b) wilfully withholds from the bank possession of any such property if demand for such possession is made by the bank after failure to pay such loan, advance, debt or liability,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

#### IV—Points at Issue

There are two appeals in the case at bar. The main appeal by the Bank raises the question of the validity of the taking of possession and the company's default to the Bank. The cross-appeal by Atomic and Tardi concerns the value given to the inventory and alleges damage as a result of the Bank's acts. Atomic and Tardi, the cross-appellants, added new issues to those which this Court had agreed to hear.

As a preliminary point, I would note that Tardi and Atomic were not represented by counsel. Tardi is fully entitled to appear on his own behalf, but he claimed to represent Atomic. The very nature of a corporation is such that it cannot appear in person (art. 365 *C.C.L.C.*). It can only appear through an agent. In Quebec, only lawyers are entitled to represent a party before the courts (art. 61 *C.C.P.* and s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1) and it follows that a corporation can only appear in court through counsel (*Thomassin v. General Finance Corp.*, [1953] Que. Q.B. 375). The representation of a corporation other than by a

les temps et lieu de ladite vente; et si la vente a lieu dans la province de Québec, au moins l'un de ces journaux doit être un journal publié en langue anglaise, et un autre, en langue française;

148. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement d'au plus deux ans, quiconque, ayant la possession ou le contrôle de biens mentionnés ou couverts par un récépissé d'entrepôt, un connaissement ou affectés à une garantie donnée à la banque sous le régime de l'article 88, et ayant connaissance de ce récépissé ou connaissement ou de cette garantie, sans le consentement écrit de la banque, avant que le prêt, l'avance, la dette ou l'engagement ainsi garanti ait été complètement acquitté,

a) volontairement dispose ou se dessaisit de tels biens, ou

b) volontairement soustrait à la possession de la banque de tels biens, si la banque réclame formellement cette possession après qu'il a omis d'acquitter le prêt, l'avance, la dette ou l'engagement.

#### IV—Les questions en litige

Il y a deux pourvois dans cette affaire. Le pourvoi principal de la Banque pose la question de la validité de la prise de possession et du défaut de la compagnie envers la Banque. Le pourvoi incident d'Atomic et de Tardi porte sur la valeur attribuée aux inventaires et allègue un préjudice subi par les actes de la Banque. Atomic et Tardi, appelants incidents, ajoutent de nouvelles questions à celles que notre Cour a accepté d'entendre.

À titre préliminaire, je dois noter que Tardi et Atomic ne sont pas représentés par avocat. Tardi peut fort bien plaider en son nom mais il prétend vouloir représenter Atomic. La qualité même de corporation s'oppose à ce qu'elle compare en personne (art. 365 *C.c.B.-C.*). Elle ne peut plaider que par mandataire. Or, au Québec, seuls les avocats ont le droit de représenter une partie à l'instance (art. 61 *C.p.c.* et l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1) et il s'ensuit qu'une corporation ne peut ester en justice que par ministère d'avocat (*Thomassin v. General Finance Corp.*, [1953] B.R. 375). Devant notre Cour on ne saurait donc considérer valable la représenta-

member of the Bar in good standing therefore cannot be considered valid in this Court. As a surety, Tardi has an interest in dealing with the main issue, but the Court must consider that Atomic did not validly appear in the record in the main appeal and has not validly appealed in the cross-appeal.

I will deal with the questions raised by the main and cross-appeals in the following order:

1. Was Atomic in default to the Bank?
2. Was the Bank entitled to take possession of the inventory without first obtaining judicial authorization?
3. What is the amount for which Atomic and Tardi are entitled to be credited by the Bank for the value of the inventory?
4. Are Atomic and Tardi entitled to be compensated for the damage alleged, namely loss of profit, damage to reputation, hardship and inconvenience?
5. What disposition should be made of the entirely new claims by Tardi?

#### V—Analysis

##### 1. Was Atomic in default?

The trial judge found that Atomic was clearly in default as the available advances were made pursuant to promissory notes payable on demand. In such a case, the only question to be answered in deciding whether the debtor is in default is whether the creditor gave him a reasonable time in which to make payment (*Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122). Hannan J. dealt with this question at length and found that the time limits were more than reasonable, all the more so as Atomic did not honour a commitment made on February 8, 1979 to reduce its debt and give the Bank additional security.

However, the Court of Appeal considered that the Bank could not call in its loan before July 8, 1979 because it had extended credit until that date. It is important not to confuse the promissory notes and the last security documents signed by Atomic, which provided that the security would apply to all

tion d'une corporation autrement que par un membre en règle du Barreau. Tardi a un intérêt à titre de caution pour traiter de la question principale mais il nous faut considérer qu'Atomic n'a pas comparu valablement au dossier dans le pourvoi principal et n'a pas valablement porté appel dans le pourvoi incident.

Je traiterai des questions principales et incidentes dans l'ordre suivant:

1. Atomic était-elle en défaut envers la Banque?
2. La Banque avait-elle le droit de prendre possession de l'inventaire sans obtenir d'abord une autorisation judiciaire?
3. Quel est le montant dont Atomic et Tardi sont en droit d'obtenir crédit de la part de la Banque pour la valeur de l'inventaire?
4. Atomic et Tardi sont-ils en droit d'être indemnisés pour le préjudice allégué, soit perte de profit, dommages à la réputation, troubles et inconvénients?
5. Qu'en est-il des réclamations entièrement nouvelles de Tardi?

#### V—Analyse

##### 1. Atomic était-elle en défaut?

Le juge de première instance a conclu qu'Atomic était clairement en défaut compte tenu du fait que les avances disponibles étaient consenties en vertu de billets promissaires payables à demande. Or, en pareil cas, la seule question à déterminer pour conclure que le débiteur est en défaut est de savoir si le créancier lui a donné un délai raisonnable pour s'exécuter (*Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122). Le juge Hannan traite longuement de cette question et juge que les délais étaient plus que raisonnables, d'autant plus qu'Atomic n'a pas respecté un engagement du 8 février 1979 en vue de réduire sa dette et d'accorder des garanties additionnelles à la Banque.

Toutefois, la Cour d'appel estime que la Banque ne pouvait rappeler son prêt avant le 8 juillet 1979 parce qu'elle avait accordé son crédit jusqu'à cette date. Il faut se garder de confondre les billets promissaires et les derniers documents de garantie signés par Atomic qui prévoyaient que la garantie vaudrait pour toutes

advances that might be made until July 8, 1979. The period of one year mentioned in the security documents does not alter the real nature of the promissory note and transform it into a term loan. In this regard, Y. Goldstein writes:

Of equal concern is the analysis of the standard s. 178 documentation which causes the courts to conclude that the time period (usually one year) which is always mentioned in the documentation means that the loan secured by s. 178 security becomes, effectively, a term loan, losing its demand nature, and making it virtually impossible to use s. 178 as an appropriate security instrument where the loan is reimbursable upon demand. It may be that the court's attention was not drawn to the fact that the essential purpose of this stipulation is to trigger the appropriate renewal of registration rather than to change the character of the loan.

(Annotation on *Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 1, at p. 3.)

In fact, the credit line ceased to be in effect on December 31, 1978 and was not renewed in 1979. This is clear from Tardi's letters asking to have his credit line restored early in 1979, and from certain testimony of record. There is this comment by Hannan J. in the trial judgment:

On September 13, 1978, the Bank noting the absence of financial statements recommended no renewal of the credit authorized to that date (D-15). This fact was communicated to Atomic and Mr. Tardi by Mr. Bleau, the Bank's branch manager. On January 10, 1979, the Bank refused any further advances to Atomic, a fact known to Atomic and Mr. Tardi. On January 26, 1979, Mr. Tardi offered (D-35) to see to the sale of the properties which were hypothecated in favor of the Bank, and appealed to the President, Mr. Lavoie, for support.

Even assuming that the Bank undertook to maintain the credit line until July 1979, this undertaking would have been conditional on meeting the credit requirements. In this regard, the evidence showed that the inventory did not have the value Tardi had given it. Hannan J. wrote:

les avances pouvant être faites jusqu'au 8 juillet 1979. La période d'un an mentionnée sur les documents de garantie ne fait pas perdre au billet promissoire sa véritable nature et ne le transforme pas en emprunt à terme. Y. Goldstein écrit à ce sujet:

[TRADUCTION] De même, on doit s'inquiéter de l'analyse que fait le tribunal des documents types prévus à l'art. 178 et qui l'amène à conclure que le délai (habituellement un an) qui est toujours mentionné dans les documents signifie que le prêt garanti aux termes de l'art. 178 devient, en fait, un prêt à terme, perdant sa nature de prêt à vue et rendant virtuellement impossible de recourir à l'art. 178 à titre de disposition prévoyant une garantie convenable lorsque le prêt est remboursable sur demande. Il se peut qu'on n'ait pas porté à l'attention du tribunal le fait que cette disposition a essentiellement pour but d'assurer le renouvellement requis de l'enregistrement plutôt que de modifier la nature du prêt.

(Note sur *Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 1, à la p. 3.)

Dans les faits, le crédit avait cessé d'être en vigueur le 31 décembre 1978 et ne fut pas renouvelé en 1979. Ceci apparaît nettement des lettres de Tardi, demandant le rétablissement de son crédit, au début de 1979 ainsi que de certains témoignages versés au dossier. On peut lire ce commentaire du juge Hannan, dans la décision de première instance:

[TRADUCTION] Le 13 septembre 1978, la Banque, vu l'absence d'états financiers, a recommandé de ne pas renouveler le crédit autorisé jusqu'à cette date (D-15). Ce fait a été communiqué à Atomic et à M. Tardi par M. Bleau, le directeur de la succursale de la Banque. Le 10 janvier 1979, la Banque a refusé toute avance supplémentaire à Atomic, à la connaissance d'Atomic et de M. Tardi. Le 26 janvier 1979, M. Tardi a offert (D-35) de s'occuper de la vente des biens-fonds hypothéqués en faveur de la Banque et a demandé l'appui du président M. Lavoie.

Même en supposant que la Banque se serait engagée à maintenir le crédit jusqu'en juillet 1979, cet engagement aurait été conditionnel aux exigences du crédit. Or, à cet égard, la preuve révèle que les stocks n'avaient pas la valeur que Tardi leur attribuait. Le juge Hannan écrit:

The proof indicates that in 1965, Atomic had valued its inventory at year end at \$125,032.00, and in that year it made sales totalling \$509,883.00. By 1979 its inventory had allegedly grown in value at year end to \$701,354.00, and in that year it made sales of \$436,195.00 (P-16). The bank had concluded either that the sales did not justify the production or that the inventory was overvalued even if taken on the basis of its cost, rather than *[sic]*, as suggested by Mr. Tardi in his various letters at the higher amount he hoped to realize on its sale. (See *Bleau*, February 10, 1984, pp. 99 et seq.). An increase in inventory value of 161% while sales fell by 15% over the period from December 31, 1965 to December 31, 1978, indicated that the inventory had clearly become unmanageable, and therefore unreliable as security for advances made by the Bank. The Bank lost confidence in the value ascribed to the inventory by Atomic.

The trial judge established that Tardi exaggerated the value of the Atomic inventory. He explained the method of calculation used by Tardi as follows:

The procedure adopted by Atomic in certifying the value of its inventory was to report the cost price as being a price increased each January by Mr. Tardi (testimony of Jean Lalonde). Mr. Tardi's own explanation was that he arrived at the "cost" reported to the Bank by the use of a "wheel" which when consulted allowed him to calculate and add 20% to cost and 25% to selling price to establish a "new" cost price. It appeared in essence that this method resulted in a simple addition to a proposed selling price of an amount of about 20% of that price to arrive at a new "cost" price. The measure of this increased price can only be estimated, but it appears from a comparison of the statements of inventory P-9, December 31, 1977, with P-10, December 31, 1978, that the category of products known as "Opera and Mule shearline lined slippers" almost identical in quantity in each year, were increased by 30% being added to their "cost". Similar comparisons of other categories shown on these exhibits reveal "cost" increases for what appears to be the same merchandise by between 30 and 34%.

[TRADUCTION] La preuve indique qu'en 1965 Atomic avait évalué son inventaire à la fin de l'année à 125 032 \$, et que, cette année-là, elle avait réalisé des ventes globales de 509 883 \$. En 1979, la valeur de son inventaire avait, dit-on, augmenté à la fin de l'année à 701 354 \$ et, cette année-là, elle avait réalisé des ventes de 436 195 \$ (P-16). La Banque avait conclu que les ventes ne justifiaient pas la production ou que l'inventaire avait été surévalué même s'il était considéré sur la base de son coût, plutôt que, comme l'a laissé entendre M. Tardi dans ses diverses lettres, sur la base du montant plus élevé qu'il espérait tirer de sa vente. (Voir *Bleau*, 10 février 1984, pp. 99 et suiv.). L'augmentation de la valeur de l'inventaire de 161 pour 100, alors qu'il y avait eu une chute des ventes de 15 pour 100 pendant la période du 31 décembre 1965 au 31 décembre 1978, indiquait que l'inventaire était de toute évidence devenu impossible à gérer et par conséquent peu fiable à titre de garantie pour les avances faites par la Banque. La Banque a perdu confiance dans la valeur qu'Atomic attribuait à l'inventaire.

Le juge de première instance a établi que Tardi exagérait la valeur des inventaires d'Atomic. Il explique ainsi la méthode de calcul mise au point par Tardi:

[TRADUCTION] La procédure adoptée par Atomic pour attester la valeur de son inventaire consistait à faire état du prix de revient selon un prix augmenté à tous les mois de janvier par M. Tardi (témoignage de Jean Lalonde). Monsieur Tardi a lui-même expliqué qu'il est arrivé au «prix» indiqué à la Banque par l'utilisation d'un «tableau» qui lui permettait de calculer et ajouter 20 pour 100 au prix de revient ainsi que 25 pour 100 au prix de vente pour établir un «nouveau» prix de revient. Il est apparu essentiellement que, par cette méthode, on a simplement ajouté à un prix de vente proposé un montant d'environ 20 pour 100 de ce prix pour obtenir un nouveau «prix de revient». L'augmentation de ce prix ne peut être qu'estimative, mais il ressort d'une comparaison des états de l'inventaire P-9, du 31 décembre 1977, et de l'inventaire P-10, du 31 décembre 1978, que la valeur de la catégorie de produits désignés «Opera and Mule shearline lined slippers», dont la quantité est presque identique chaque année, a été augmentée, le «prix de revient» de ces produits étant haussé de 30 pour 100. Des comparaisons semblables pour d'autres catégories indiquées sur ces pièces révèlent des augmentations de «prix» de 30 à 34 pour 100 à l'égard de ce qui paraît être les mêmes marchandises.

From this review and from the ensemble of the proof, it becomes apparent that the inventory subject to the Bank's rights was inflated in value, and unsaleable by Atomic in the ordinary course of its business.

The increased inventory coupled with a drop in sales seriously concerned the Bank and this is why it asked Tardi and Atomic to reduce the loans and provide additional security. After agreeing, the debtors refused to comply with the request. The Bank was thus justified in demanding payment and, in view of the nature of the loans and the evidence submitted, gave its debtors ample time to comply. The trial judge made a thorough study of the evidence and there is no reason to alter his assessment of it.

2. *Was the Bank entitled to take possession of the inventory without obtaining judicial authorization?*

The main issue raised in the Court of Appeal concerned the Bank's power to seize and take possession of security given pursuant to s. 88(1)(b) without first obtaining judicial authorization. At trial, Hannan J. did not specifically deal with this question in arriving at his decision.

It will not be necessary to answer the question of whether the security given under the *Bank Act* gives a bank as of right this power to take possession, without judicial authorization, of inventory given by a manufacturer as security, in the event the latter is in default to the Bank. In the case at bar there was an agreement governing the matter. The debtor's consent to the removal and sale of the goods and the applicability of a valid agreement suffice to decide the issue.

(1) Did the Bank take possession of the inventory with the consent of Atomic and Tardi?

It would appear that the basis for the Court of Appeal's conclusion that the Bank's taking of possession was invalid was the fact that Tardi did not consent to hand over the goods to his creditor. However,

D'après cet examen et l'ensemble de la preuve, il est évident que la valeur de l'inventaire assujéti aux droits de la Banque a été gonflée et qu'il n'est pas vendable par Atomic dans le cours ordinaire de ses affaires.

L'augmentation des inventaires jumelée à une baisse des ventes, a sérieusement inquiété la Banque et c'est pourquoi elle a réclamé de Tardi et d'Atomic, une réduction des emprunts et une concession de garanties additionnelles. Les débiteurs, après avoir accepté, ont refusé de s'y conformer. Ainsi, la Banque était justifiée de réclamer paiement et compte tenu de la nature des emprunts et de la preuve présentée, a accordé un délai amplement suffisant à ses débiteurs pour s'exécuter. Le juge du procès fait une étude fouillée de la preuve et il n'y a pas lieu de revenir sur l'appréciation qu'il en fait.

2. *La Banque avait-elle le droit de prendre possession de l'inventaire sans obtenir une autorisation judiciaire?*

La question principale soulevée en Cour d'appel concernait le pouvoir de la Banque de saisir et de prendre possession de garanties données en vertu de l'al. 88(1)(b) sans préalablement obtenir une autorisation judiciaire. Le juge Hannan en première instance n'a pas traité spécifiquement de cette question pour décider du litige.

Il ne sera pas nécessaire de répondre à la question de savoir si la garantie accordée en vertu de la *Loi sur les banques* confère de plein droit à une banque ce pouvoir de prendre possession, sans autorisation judiciaire, d'inventaires donnés en garantie par un fabricant, au cas où ce dernier est en défaut envers la Banque. En effet, dans le cas sous étude, il existait une convention réglant cette question. Le consentement du débiteur à l'enlèvement et à la vente des biens et l'applicabilité d'une convention valable suffisent à décider du litige.

(1) La Banque a-t-elle pris possession de l'inventaire avec le consentement d'Atomic et de Tardi?

Il semble que la conclusion de la Cour d'appel, quant à l'invalidité de la prise de possession par la Banque, soit fondée sur une absence de consentement de Tardi à remettre les biens à son créancier. Cepen-

nowhere in his reasons does Malouf J.A. mention facts establishing that Tardi opposed the taking of possession: he appears to infer this from the circumstances and take it for granted. The Court of Appeal, *per* Gendreau J.A., subsequently indicated in *Rosemex Inc. v. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344, at p. 349 (a judgment in which Malouf J.A. participated), the reason why the bank's action was viewed otherwise in the latter appeal:

[TRANSLATION] In my opinion, *Atomic Slipper Co.* does not prohibit a debtor from agreeing to the taking of possession by his creditor of goods which he has given as security for his debt. The nullity of a taking of possession without leave of the Court is only relative and can only be relied on by the person who is damaged thereby.

In *Atomic Slipper Co.*, the borrower had formally objected to the taking of possession and the lending bank had disregarded that objection.

It thus appears that the Court of Appeal viewed the Bank's possession of the inventory as invalid because it was obtained without the debtor's consent and despite his objections. While I recognize that in the event of a dispute authorization from a court will be necessary to preserve social peace and avoid abuses and conflicts, I cannot share the view taken by the Court of Appeal in the circumstances of this case. As at trial the discussion dealt only with whether the Bank had demanded repayment of the loans and given the debtor a reasonable time, no evidence was presented that the debtor raised any objection to the Bank's act aside from his refusal to allow the creditor to use the company premises to list the inventory. Indeed, there was no formal taking of possession since Tardi himself had the goods delivered to the Bank's agents. Further, he indicated his consent to the Bank's rights in various letters he sent his creditor in the days before the Bank realized on its security. I agree that Tardi consented only grudgingly and attempted to inconvenience the firm acting as agent by sending the goods to the latter's office sporadically and without warning. However, there was con-

dant, nulle part dans ses motifs le juge Malouf ne fait état de faits démontrant l'opposition de Tardi à la prise de possession; il semble l'inférer des circonstances et la prendre pour acquise. La Cour d'appel sous la plume du juge Gendreau a subséquemment fait état dans *Rosemex Inc. c. Banque de Montréal*, [1990] R.J.Q. 344, à la p. 349 (décision à laquelle le juge Malouf a participé), du motif qui a permis de juger autrement l'action de la banque dans ce dernier pourvoi:

À mon avis, l'arrêt *Atomic Slipper Co.* n'interdit pas au débiteur de consentir à la prise de possession, par son créancier, des biens qu'il a donnés en garantie de sa dette. La nullité de la prise de possession, sans procédure judiciaire, n'est que relative et elle ne peut être invoquée que par celui qui en souffre préjudice.

Dans l'affaire *Atomic Slipper Co.*, l'emprunteur s'était formellement objecté à la prise de possession et la banque prêteuse avait passé outre à cette opposition.

Il semble donc que la Cour d'appel ait invalidé la possession que la Banque avait des inventaires parce qu'ils avaient été obtenus sans le consentement du débiteur et malgré son opposition. Tout en reconnaissant qu'en cas de contestation, l'autorisation d'un tribunal sera nécessaire pour préserver la paix sociale et éviter abus et conflits, je ne puis partager le point de vue de la Cour d'appel face aux circonstances de l'affaire. Comme en première instance le débat n'a porté que sur la question de savoir si la Banque avait exigé le remboursement des emprunts en offrant un délai raisonnable au débiteur, il ne fut pas mis en preuve que le débiteur ait manifesté une quelconque objection aux actes de la Banque si ce n'est son refus de laisser le créancier utiliser les locaux de la compagnie pour faire le décompte des biens. En fait, il n'y a pas eu prise de possession formelle puisque Tardi a lui-même fait livrer les biens aux mandataires de la Banque. De plus, il a exprimé son assentiment aux droits de la Banque dans diverses missives qu'il a fait parvenir à son créancier dans les jours qui ont précédé la réalisation des actifs par la Banque. Je concède que le consentement manifesté était peu enthousiaste et que Tardi a tenté d'ennuyer la firme mandataire en envoyant les marchandises au bureau de cette dernière de manière sporadique et sans avertissement. Toutefois, ce consentement est présent et

sent and that consent emerges clearly from the evidence submitted at trial.

In his letter of May 28, 1979, Atomic recognized the Bank's right to take possession of the goods. Tardi wrote:

We are aware that the Provincial Bank under the Bank Act, under Section 88 has the right to take possession of our inventory, work-in-process, accounts receivable, raw material in the event the Bank feels it is necessary to cover the Bank Loan and thereby pay the market value of the Security under Section 88. [Emphasis added.]

Further, on June 12, 1979, after the Bank had demanded payment, Tardi sent another letter recognizing the Bank's rights:

Therefore, now that you have stated in your letter of June 8th, 1979 that the Bank is demanding re-payment of the bank loan of \$622,000.00 within the next ten (10) days, you leave Atomic Slipper Company Limited with no alternative but to grant you permission to take possession within the next ten (10) days, [of] the security given under Section 88 of the Bank Act; . . . [Emphasis added.]

In this letter, Tardi also said that he would hold the Bank responsible for the market value of the inventory of which it was about to take possession. After the Bank had appointed the Clarkson firm, Tardi sent the Bank another letter on June 21, 1979:

. . . we agree to co-operate with him [a representative of Clarkson] by giving him the required information, however, we cannot provide you with our premises or facilities for their use and hereby request that you take outright possession and seek other facilities. [Emphasis added.]

Atomic thereupon delivered its inventory to Clarkson. This case is manifestly not one in which a bank abused its powers to invade premises and take possession of goods despite the debtor's resistance. Though Tardi did not appreciate having to part with Atomic's inventory and subsequently challenged the Bank's action, at the time of the default he did agree to hand over the goods and cooperate with the firm

ressort nettement de la preuve faite en première instance.

Dans sa lettre du 28 mai 1979, Atomic reconnaît les droits de la Banque à la prise de possession des marchandises. Tardi écrit:

[TRADUCTION] Nous savons qu'en vertu de l'article 88 de la Loi sur les banques, la Banque provinciale a le droit de prendre possession de notre inventaire, de nos produits en voie de fabrication, de nos comptes recevables, de notre matériel brut dans l'éventualité où la Banque juge qu'il est nécessaire de couvrir le prêt et de payer ainsi la valeur marchande de la garantie aux termes de l'article 88. [Je souligne.]

De plus, le 12 juin 1979, après que la Banque eut exigé paiement, Tardi fait parvenir une autre missive reconnaissant les droits de la Banque:

[TRADUCTION] Par conséquent, maintenant que vous avez dit dans votre lettre du 8 juin 1979 que la Banque demande le remboursement du prêt bancaire de 622 000 \$ dans les dix (10) prochains jours, vous ne laissez à Atomic Slipper Company Limited d'autre choix que de vous accorder la permission de prendre possession, dans les dix (10) prochains jours, de la garantie donnée aux termes de l'article 88 de la Loi sur les banques; . . . [Je souligne.]

Dans cette lettre, Tardi ajoute qu'il tiendra la Banque responsable de la valeur marchande de l'inventaire dont elle est sur le point de prendre possession. Après la nomination par la Banque de la firme Clarkson, Tardi envoie une autre lettre à la Banque le 21 juin 1979:

[TRADUCTION] . . . nous acceptons de collaborer avec lui [un représentant de Clarkson] en lui communiquant les renseignements requis, toutefois, nous ne pouvons vous permettre d'utiliser nos locaux ou nos installations et demandons par les présentes que vous preniez pleine possession et cherchiez d'autres installations. [Je souligne.]

À la suite de quoi, Atomic livre ses inventaires à Clarkson. Il ne s'agit manifestement pas d'un cas où une banque a abusé de ses pouvoirs pour envahir les lieux et prendre possession des biens malgré la résistance du débiteur. Même si Tardi n'a pas apprécié devoir se défaire des inventaires d'Atomic et qu'il a subséquemment contesté l'action de la Banque, il a néanmoins accepté au moment du défaut, de livrer les



responsible for realizing on the security. Judicial authorization would not have served any useful purpose, since Atomic and Tardi not only did not object but consented to hand over the inventory to the Bank. In fact, as Atomic knew that the Bank would eventually take possession it offered and allowed the Bank to dispose of the goods through Clarkson and gave them to it for this purpose. A debtor may settle his creditor's guarantees by giving him what he is claiming without requiring him to obtain judicial authorization. He may at any time consent to his creditor's taking possession even though the latter is not empowered to do so legally or by contract.

With all due respect, I am of the view that the evidence shows that Tardi and Atomic consented to the taking of possession of the inventory so that its value could be realized; Tardi even delivered the goods to the Bank's agents. The Bank consequently took possession of the inventory legitimately and thus had full power to proceed with the sale of it.

This suffices to establish the Bank's rights in this regard. However, in view of the Court of Appeal's findings regarding the Bank's contractual rights, these will now be considered.

(2) Did the Bank have a contractual right to take possession of the inventory and sell it?

The trial judge did not rule on the validity of the contractual right to take possession held by the Bank. It was at the appellate level that Malouf J.A. concluded that the agreements signed by Atomic and Tardi were inapplicable and then questioned the validity of those agreements, deciding that they were contrary to public policy.

Agreements including a power to take possession were signed every year until 1975. For example, I note a standard provision in these agreements, which read as follows (clause 7 of the agreement of February 6, 1975 regarding advances and loans made by the Bank and security held therefor):

biens et de coopérer avec la firme chargée de la réalisation. Une autorisation judiciaire ne s'avérait d'aucune utilité puisqu'Atomic et Tardi, non seulement ne s'opposaient pas mais consentaient à remettre l'inventaire à la Banque. En fait, Atomic sachant qu'éventuellement la Banque en prendrait possession a offert et permis à cette dernière d'en disposer par l'intermédiaire de la firme Clarkson et les lui a remis à cette fin. Un débiteur peut régler les garanties de son créancier en lui donnant ce qu'il réclame sans l'obliger à se prémunir d'une autorisation judiciaire. En tout temps, il peut consentir à la prise de possession de son créancier même si ce dernier ne dispose pas de pouvoirs légaux ou conventionnels à cet effet.

J'estime, en toute déférence, que la preuve démontre que Tardi et Atomic ont consenti à la prise de possession des inventaires aux fins d'en réaliser la valeur; Tardi a même livré les biens aux mandataires de la Banque. La Banque a dès lors pris possession de manière légitime de l'inventaire et avait, de ce fait, pleins pouvoirs de procéder à la vente.

Ceci suffit pour établir les droits de la Banque à cet égard. Il y a cependant intérêt à traiter de ses droits conventionnels eu égard aux conclusions de la Cour d'appel à ce sujet.

(2) La Banque avait-elle un droit conventionnel de prendre possession de l'inventaire et de le vendre?

Le juge des faits ne s'est pas prononcé sur la validité du droit contractuel à la prise de possession que possédait la Banque. C'est au stade de l'appel, que le juge Malouf a conclu à l'inapplicabilité des conventions signées par Atomic et Tardi pour ensuite s'interroger sur la validité de telles conventions et décider qu'elles étaient contraires à l'ordre public.

Des conventions comportant un pouvoir de prise de possession ont été signées chaque année jusqu'en 1975. À titre d'exemple, je signale une disposition standard de ces conventions qui se lisait ainsi (article 7 de la convention relative aux avances et aux prêts faits par la Banque et aux garanties s'y rapportant du 6 février 1975):

[TRANSLATION] 7. The Bank may, from time to time, without any demand, forcibly break open, enter upon or into and occupy and use free of charge and to the exclusion of all others including the Customer, the premises and property (real and personal, immovable and movable) of or used by the Customer in connection with the goods (not being the premises of a warehouseman or carrier) until the goods shall be fully realized upon and may from time to time appoint a receiver or agent to act for the Customer, who alone shall be responsible for his acts and such agency the Customer shall not have any power to revoke or determine. Such agent or receiver shall have the powers hereby granted to the Bank and in addition the right from time to time in the name of the Customer to exercise all rights, powers, and privileges of the Customer of every kind and to do all acts and things that the Customer could do if acting, for the purpose of completing, selling, shipping or otherwise dealing with the goods in such manner as the Bank may think proper to enable the goods to be realized upon (exhibit D-33A).

It will be noted that this provision contains a consent to sell other than in accordance with the procedure of s. 89(4) of the *Bank Act*.

(a) *Applicability of the agreement*

An agreement was signed in 1976 but the Court of Appeal considered it could not be binding on Atomic since it bore Tardi's signature without mentioning Atomic's name, and the evidence did not show that the parties intended this agreement to apply to Atomic. The court also refused to apply the earlier agreements as it felt that it must be presumed the Bank no longer intended to benefit from the rights set out in those agreements.

With respect, I cannot accept that conclusion. The only evidence in this regard is the agreements themselves. They were entered in evidence at trial by Tardi himself and no objection was raised to them at that stage.

7. La Banque pourra de temps à autre et sans la nécessité d'une demande, entrer de force dans, prendre possession de, occuper, utiliser et exercer, sans charge et à l'exclusion de toutes autres personnes, y compris le Client, tous et chacun des biens et des propriétés (réels et personnels, immobiliers et mobiliers) et des droits, pouvoirs et privilèges appartenant au Client, ou dont il a l'usage, la jouissance ou l'exercice, relativement aux biens ou à quelque partie d'entre eux, ou dans ou sur lesquels ceux-ci peuvent se trouver (non compris l'établissement d'un entreposeur ou d'un voiturier) jusqu'à ce que les biens aient été réalisés en plein, et elle pourra de temps à autre nommer un séquestre ou un agent pour représenter le Client et pour les actes duquel le Client sera seul responsable, et ce dernier n'aura pas le pouvoir de révoquer telle nomination ou de mettre fin à telle agence. Tel séquestre ou agent possédera et pourra exercer tous les pouvoirs, droits et discrétions accordés à la Banque par la présente convention et, de plus, la Banque et tel séquestre ou agent auront le pouvoir d'exercer de temps à autre, au nom du Client, tous et chacun des droits, pouvoirs et privilèges de ce dernier de quelque nature qu'ils soient et de faire tous actes et toutes choses que le Client pourrait faire lui-même, aux fins de compléter, vendre, expédier ou autrement disposer des biens, en la manière que la Banque jugera la plus appropriée à la réalisation des biens (pièce D-33A).

À noter que ce texte comporte un consentement à vente autrement que selon les modalités du par. 89(4) de la *Loi sur les banques*.

a) *L'applicabilité de la convention*

Une convention a été signée en 1976 mais la Cour d'appel considère qu'elle ne peut lier Atomic puisqu'elle porte la signature de Tardi, sans mention du nom d'Atomic et que la preuve ne démontre pas que les parties entendaient appliquer cette convention à Atomic. La cour refuse aussi d'appliquer les conventions antérieures considérant qu'il faut présumer que la Banque n'entendait plus bénéficier des droits prévus dans les conventions en question.

Avec déférence, je ne puis accepter cette conclusion. La seule preuve à cet égard sont les conventions elles-mêmes. Or celles-ci furent mises en preuve par Tardi lui-même en première instance et n'ont fait l'objet d'aucune contestation à ce stade.

It is clear that the 1976 agreement could only relate to the security given by Atomic under the *Bank Act*, since Tardi could not offer it personally. Whether or not the 1976 document signed by Tardi applied to Atomic, it appears from the wording of the earlier agreements that they were continuing agreements applying to all present and future securities of the Bank. Clause 15 of the 1975 agreement reads as follows:

[TRANSLATION] 15. The provisions hereof shall be in addition to all other legal remedies of the Bank, and to all rights under agreements heretofore given. This is to be a continuing consent and agreement and all the provisions hereof shall extend to all advances now presently made or hereafter to be made by the Bank to the Customer and all obligations of the Customer to the Bank from time to time as well as to all securities and property from time to time held by the Bank therefor, and the proceeds thereof; and every advance or loan heretofore, presently or hereafter made shall be deemed to be made upon the consents, promises and agreements herein contained.

As this agreement covered loans and advances made in the past, present and future, it was not necessary for the Bank to have an agreement signed each year. The 1975 agreement remained in effect and was binding on Atomic in the absence of a waiver by the Bank. The practice of an annual signature is attributable to a countrywide banking policy resulting from the fact that in the other Canadian provinces it is possible to register liens and they need only be renewed each year (see Goldstein, *op. cit.*).

(b) *Validity of the agreement*

In addition to finding the agreement inapplicable, the Court of Appeal, relying on *St-Louis Automobiles Ltée v. Banque Nationale du Canada* (1981), 42 C.B.R. (N.S.) 275, held that it was illegal and contrary to public policy and the *Bank Act* for a borrower to confer on a bank by contract a power to take possession of its inventory.

The Bank argues that there is nothing in the *Bank Act* prohibiting the making of such agreements. In fact, apart from *St-Louis Automobiles*, no one had

Il est clair que la convention de 1976 ne pouvait que se rapporter aux garanties consenties par Atomic en vertu de la *Loi sur les banques* puisque Tardi ne pouvait les offrir personnellement. Quoi qu'il en soit sur l'applicabilité à Atomic du document de 1976 signé par Tardi, il appert du libellé des conventions antérieures qu'elles étaient des conventions continues s'appliquant à toutes les garanties présentes et futures de la Banque. L'article 15 de la convention de 1975 se lit ainsi:

15. Les dispositions de la présente convention vaudront en plus de tous autres recours de la Banque établis par la loi et de tous droits résultant de conventions antérieures, et la présente constituera une convention continue (continuing agreement) et toutes ses dispositions s'appliqueront à tous prêts et avances de la Banque au Client et à toutes obligations du Client envers la Banque existant en tout temps ainsi qu'aux garanties et aux biens tels qu'ils existeront en tout temps et à tous leurs produits; et tous prêts et avances consentis dans le passé, ou présentement ou dans l'avenir, seront censés avoir été faits sujets aux dispositions de la présente convention.

Cette convention visant les prêts et avances consentis dans le passé, dans le présent et pour l'avenir, il n'était pas nécessaire pour la Banque de faire signer une convention à chaque année. La convention de 1975 demeurait en vigueur et liait Atomic en l'absence de renonciation de la Banque. La pratique d'une signature annuelle relève d'une politique bancaire nationale attribuable au fait que dans les autres provinces canadiennes, il est possible d'enregistrer les garanties mobilières et qu'il est adéquat de les renouveler à chaque année (voir Goldstein, *loc. cit.*).

b) *La validité de la convention*

En sus de la conclusion d'inapplicabilité, la Cour d'appel s'inspirant de la décision *St-Louis Automobiles Ltée v. Banque Nationale du Canada* (1981), 42 C.B.R. (N.S.) 275, a déclaré qu'il était illégal et contraire à l'ordre public et à la *Loi sur les banques*, qu'un emprunteur procure par contrat à une banque, un pouvoir de prise de possession de son inventaire.

La Banque soutient que rien dans la *Loi sur les banques* n'interdit la conclusion de telles conventions. De fait, sauf la décision *St-Louis Automobiles*,

ever challenged the validity of an agreement like the one signed by Atomic. Before that isolated decision, the courts had never questioned the validity of such an agreement in Quebec or any of the other provinces (*Banque Canadienne Nationale v. Lefavre*, [1951] Que. K.B. 83, at p. 89; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Heppner* (1965), 51 D.L.R. (2d) 254, at p. 258).

It seems clear from reading the provisions setting out the options a bank has in realizing on its security that Parliament intended to be permissive, not limiting. Section 88(3) gives the bank "in addition to . . . any other rights or powers vested in . . . it" additional powers over certain types of goods. This cannot be interpreted as limiting the rights conferred by agreement. On reading s. 89(4), it can be seen that in the case of a sale the power to override the statutory provisions by agreement is specifically mentioned. The courts have also given effect to many of these agreements and they should not be seen as contrary to the legislative purpose. Further, s. 148(b) makes it a criminal offence for anyone to wilfully withhold from the bank possession of property claimed by the latter. This suggests that a bank may take possession.

As to the rule that "no one may take the law into his own hands", this does not apply to the creation or recognition of rights by one party in favour of another either by agreement or by his action, but to their forced execution at the will of one party without judicial authority. It is not contrary to public policy for a debtor to give his creditor the right to take possession in case of default. Long before the provisions of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, came into force, it was recognized that there is no public policy objection to a conditional contract of sale allowing a seller to repossess goods sold without judicial authorization if the buyer does not pay the price (*Canada Motor Car Co. v. Béchard* (1924), 37 Que. K.B. 294; *Omer Barré Ltd. v. Gravel* (1940), 78 C.S. 262). Furthermore, the express prohibition of such an agreement by ss. 136 and 146 of the *Consumer Protection Act* suggests that these same agree-

on n'avait jamais auparavant contesté la validité d'une convention semblable à celle signée par Atomic. Avant cette décision isolée, les tribunaux n'avaient jamais mis en doute la validité d'une telle convention tant au Québec que dans les autres provinces (*Banque Canadienne Nationale v. Lefavre*, [1951] B.R. 83, à la p. 89; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Heppner* (1965), 51 D.L.R. (2d) 254, à la p. 258).

Il apparaît évident, à la lecture des dispositions établissant les facultés de réalisation d'une banque, que le législateur a voulu être permissif et non limitatif. Le paragraphe 88(3) fournit à la banque, «en sus de tous autres droits ou pouvoirs qui lui sont dévolus», des pouvoirs additionnels envers certains types de biens. Il ne saurait être interprété comme limitant les droits accordés par convention. À la lecture du par. 89(4), on remarque qu'en matière de vente, le pouvoir de déroger par convention aux prescriptions légales est spécifiquement inscrit. Les tribunaux appliquent d'ailleurs plusieurs de ces conventions et elles ne sauraient être vues comme contraires à l'objectif législatif. De plus, l'al. 148b) crée une infraction criminelle pour une personne qui soustrait volontairement à la possession de la banque des biens dont cette dernière réclame la possession. Ceci suggère qu'une banque peut prendre possession.

Quant au principe que «nul ne peut se faire justice à soi-même», celui-ci ne vise pas la création ou la reconnaissance de droits par une partie en faveur d'une autre soit par convention ou par son fait mais plutôt leur exécution forcée par volonté unilatérale sans autorité de justice. Il n'y a pas offense à l'ordre public si un débiteur accorde à son créancier un droit à la prise de possession au cas où il est en défaut. Bien avant que les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, n'entrent en vigueur, on a reconnu que n'est pas contraire à l'ordre public, la clause d'un contrat de vente conditionnelle permettant à un vendeur de reprendre possession d'un bien vendu sans autorisation judiciaire si l'acheteur ne s'acquitte pas du prix (*Canada Motor Car Co. v. Béchard* (1924), 37 B.R. 294; *Omer Barré Ltd. v. Gravel* (1940), 78 C.S. 262). De surcroît, la prohibition expresse d'une telle convention, établie

ments are valid and applicable in areas to which the statute does not apply.

The British Columbia Supreme Court, dealing with the rights and powers of a bank, held likewise in *Gabriola Building Supplies Ltd. v. Lloyds Bank of Canada* (1989), 72 C.B.R. (N.S.) 188, at p. 200. Some time ago the Quebec Court of Appeal (*Rosemex Inc. v. Banque de Montréal, supra*) limited the scope of the opinion given in the case at bar, noting that a debtor may agree to the taking of possession when he defaults without court authorization (see also R. A. Macdonald, "Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.: Commercial Practice Meets Constitutional Law" (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 1; and Goldstein, *op. cit.*).

Finally, this Court just recently had to consider an agreement of the same type, and in particular the power to take possession (*Houle v. Canadian National Bank, supra*). My colleague L'Heureux-Dubé J., after citing the provisions of the agreement giving the bank the power to take possession, said the following (at p. 169):

Thus, according to the agreement between the parties, in conformity with the applicable legislation, the bank had the right to be paid upon demand, a demand that could have been made at any time, and it also had the right to realize its securities without notice.

There is thus nothing to prevent a bank taking possession of goods if it has acquired such a right by agreement and the debtor does not object. In that case, it does not have to seek leave of the court in order to realize on its security.

3. *What is the amount for which Atomic and Tardi are entitled to be credited by the Bank as the value of the inventory?*

In the Superior Court the amount obtained by the Bank when it sold the assets was not questioned. After deducting the expenses incurred, the latter credited Atomic with the sum of \$182,825. However,

par les art. 136 et 146 de la *Loi sur la protection du consommateur* laisse entendre que dans les matières où la Loi n'a pas d'application, ces mêmes conventions sont valides et applicables.

<sup>a</sup> La Cour suprême de la Colombie-Britannique, traitant des droits et pouvoirs d'une banque, s'est prononcée dans le même sens dans *Gabriola Building Supplies Ltd. v. Lloyds Bank of Canada* (1989), 72 C.B.R. (N.S.) 188, à la p. 200. Il y a quelque temps, la Cour d'appel du Québec (*Rosemex Inc. c. Banque de Montréal, précité*) a restreint la portée de l'opinion émise dans la présente affaire, en précisant que le débiteur peut consentir à la prise de possession au moment du défaut sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'assentiment du tribunal (voir aussi R. A. Macdonald, «Atomic Slipper Co. v. Banque Nat. du Can.: Commercial Practice Meets Constitutional Law» (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 1; et Goldstein, *loc. cit.*).

<sup>e</sup> Finalement, tout récemment, cette Cour a eu à tenir compte d'une convention du même genre et en particulier, les pouvoirs de prise de possession (*Houle c. Banque Canadienne Nationale, précité*). Ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé, après avoir cité les dispositions de la convention accordant à la banque le pouvoir de prise de possession, s'est exprimée comme suit (à la p. 169):

<sup>g</sup> Ainsi, suivant l'entente intervenue entre les parties et conformément à la législation applicable, la banque avait et le droit d'être payée sur demande de paiement, demande qui aurait pu être faite en tout temps, et le droit de réaliser ses garanties sans préavis.

<sup>h</sup> Il n'y a donc rien qui empêche une banque de prendre possession des biens si elle a acquis ce droit par convention et que le débiteur ne s'y oppose pas. En tel cas, elle n'a pas à rechercher une autorisation judiciaire afin de procéder à la réalisation de sa garantie.

3. *Quel est le montant dont Atomic et Tardi sont en droit d'obtenir crédit de la part de la Banque pour la valeur des inventaires?*

<sup>j</sup> En Cour supérieure, le montant obtenu par la Banque lors de la vente des actifs, ne fut pas remis en question. Après soustraction des frais encourus, cette dernière a crédité Atomic pour un montant de

the Court of Appeal examined the value of the inventory delivered by Atomic to the Bank and credited Atomic with an amount of \$398,390. To arrive at this conclusion, the Court of Appeal multiplied the number of slippers delivered by Atomic to the Bank by an average unit price obtained from sales in 1977 and 1978, namely \$4.80 a unit.

In this Court Tardi argues that Atomic should be credited for the value it placed on its inventory, namely the sum of \$829,511.66, rather than the amount which the Bank credited it with before entering suit. The amount claimed by Atomic is much greater than the valuation made by the Court of Appeal. Tardi bases his claim on the argument that the Bank took possession of Atomic's inventory unlawfully, and relies on the judgment of this Court in *Provincial Bank of Canada v. Gagnon*, [1981] 2 S.C.R. 98.

As we have just seen, this argument is without foundation. That was not the case in *Gagnon*. Air-Tech Refrigeration Inc. had given the Provincial Bank of Canada security on its inventory pursuant to s. 88 of the *Bank Act*. When the company defaulted the bank took possession of the goods in the inventory and sold them for \$52,000. Air-Tech went bankrupt soon afterwards and the trustee challenged the validity of the Provincial Bank's security on the ground that Air-Tech was a wholesaler of manufactured products and the *Bank Act* as it read at the time did not allow a wholesaler to give security on manufactured goods under s. 88. This Court accordingly found in the trustee's favour and ordered the bank to repay him the value of Air-Tech's inventory, which was established by the valuation of the goods made before the company ceased operations. It was accordingly decided that in the absence of evidence to the contrary, the goods would be valued at the book value set by the company. (See also *National Bank of Canada v. Corbeil*, [1991] 1 S.C.R. 117.)

In the case at bar, aside from the fact that realizing on the security was not illegal, the evidence established that the amount obtained by the Bank was sim-

182 825 \$. Toutefois, la Cour d'appel a examiné la valeur des inventaires livrés par Atomic à la Banque et a crédité au bénéfice d'Atomic un montant de 398 390 \$. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour d'appel a multiplié le nombre de pantoufles livrées par Atomic à la Banque par un prix unitaire moyen obtenu à partir des ventes des années 1977 et 1978, soit 4,80 \$ l'unité.

Devant nous, Tardi soutient qu'Atomic doit recevoir crédit pour la valeur qu'il attribue à ses inventaires, soit la somme de 829 511,66 \$, plutôt que le montant dont la Banque lui a donné crédit avant de prendre action. Le montant réclamé par Atomic est de beaucoup supérieur à l'évaluation faite par la Cour d'appel. Tardi fonde sa réclamation sur la prétention que la Banque a illégalement pris possession des inventaires d'Atomic et il s'inspire de la décision de cette Cour dans *Banque Provinciale du Canada c. Gagnon*, [1981] 2 R.C.S. 98.

Cette prétention, nous venons de le voir, n'est pas fondée. Tel n'était pas le cas dans l'affaire *Gagnon*. Air-Tech Refrigeration Inc. avait consenti à la Banque Provinciale du Canada une garantie sur ses inventaires, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les banques*. Suite au défaut de la compagnie, la banque avait pris possession des biens faisant partie de l'inventaire et les avait vendus pour une somme de 52 000 \$. Air-Tech fait faillite peu de temps après et le syndic attaque la validité de la garantie de la Banque Provinciale, au motif qu'Air-Tech est un commerçant en gros de produits manufacturiers et que la *Loi sur les banques* ne permettait pas, selon son libellé à l'époque, à un grossiste de consentir une garantie en vertu de l'art. 88 sur des biens fabriqués. Notre Cour donne donc raison au syndic et condamne la banque à rembourser à ce dernier la valeur de l'inventaire d'Air-Tech, qui fut établie suivant l'évaluation des biens avant la cessation des opérations de la compagnie. Il fut ainsi décidé qu'en l'absence d'une preuve contraire, les biens seraient évalués suivant la valeur comptable établie par la compagnie. (Voir aussi *Banque Nationale du Canada c. Corbeil*, [1991] 1 R.C.S. 117.)

Dans la présente affaire, outre le fait que la réalisation de la garantie n'est pas illégale, la preuve a établi que le montant obtenu par la Banque était d'un même

ilar to that obtained by Atomic in the months preceding this realization. Atomic and Tardi were unable to establish any negligence by the Bank. The firm of accountants took reasonable steps to obtain the best possible price for the sale, and apart from the problem of outdated inventory, the main difficulty encountered by Clarkson was the lack of cooperation by Tardi.

The value of the goods which the Bank took into its possession is much below that claimed by Tardi. In the Superior Court Hannan J. discussed the way in which Tardi inflated the value of his inventory and concluded that the evidence did not support his allegation of a higher value:

From this review and from the ensemble of the proof, it becomes apparent that the inventory subject to the Bank's rights was inflated in value, and unsaleable by Atomic in the ordinary course of its business.

The burden of proving the value of the inventory exceeded what was obtained for it lies on Defendants; the basis on which value ascribed by Defendants to the inventory rests is entirely without foundation.

If they are valued on the basis of the unit price obtained by Atomic during the months before the security was realized, the amount calculated is below the gross amount obtained by the Bank and accepted by the trial judge. In the early months of 1979, Atomic got an average of \$2.56 to \$2.83 per pair of slippers. This gives an overall value of \$212,475 or \$234,884 for the inventory delivered to Clarkson. The Bank in fact realized \$3.00 a unit, for a total value of \$247,500, which is a more favorable result than the amounts obtained by Atomic itself.

I therefore conclude that not only is the value claimed by Tardi unwarranted, but there is no basis for altering the value of the goods accepted by the trial judge. On this point I consider that the trial judge was right to accept the Bank's evidence, since Tardi was not able to show that the Bank had acted improperly.

ordre de grandeur que celui qu'Atomic obtenait dans les mois précédant cette réalisation. Atomic et Tardi n'ont pas réussi à faire la preuve d'une quelconque négligence de la Banque. La firme de comptables a pris les moyens raisonnables pour tirer le meilleur prix possible de la vente et, outre les problèmes de désuétude de l'inventaire, la principale difficulté rencontrée par Clarkson fut l'absence de coopération de Tardi.

La valeur des marchandises dont la Banque a pris possession est bien inférieure à celle que réclame Tardi. Le juge Hannan en Cour supérieure a traité de la façon dont Tardi soufflait la valeur de ses inventaires et a conclu que la preuve n'appuyait pas ses prétentions de valeur plus élevée:

[TRADUCTION] D'après cet examen et l'ensemble de la preuve, il est évident que la valeur de l'inventaire assujéti aux droits de la Banque a été gonflée et qu'il n'est pas vendable par Atomic dans le cours ordinaire de ses affaires.

Le fardeau de démontrer que la valeur de l'inventaire dépassait ce qui a été obtenu pour celui-ci incombe aux défendeurs; la manière dont la valeur a été attribuée à l'inventaire par les défendeurs est entièrement sans fondement.

En les évaluant sur la base du prix unitaire obtenu par Atomic au cours des mois précédant la réalisation de la sûreté, le montant calculé est inférieur au montant brut obtenu par la Banque et accepté par le juge de première instance. En effet, dans les premiers mois de l'année 1979, Atomic obtenait 2,56 \$ à 2,83 \$ par paire de pantoufles en moyenne. Ce qui conduit à une valeur globale de 212 475 \$ ou 234 884 \$ pour l'inventaire remis à Clarkson. En fait, la Banque a réalisé un montant de 3,00 \$ l'unité pour une valeur globale de 247 500 \$, ce qui est plus performant que les montants obtenus par Atomic elle-même.

J'en viens donc à la conclusion que non seulement la valeur réclamée par Tardi n'est pas justifiée mais qu'il n'y a pas lieu d'intervenir en ce qui a trait à la valeur des biens acceptée par le juge du procès. J'estime que sur ce point le premier juge a eu raison d'accepter la preuve de la Banque puisque Tardi n'a pas réussi à prouver que celle-ci avait mal agi.

4. *Are Atomic and Tardi entitled to be compensated for the damage alleged, namely loss of profit, damage to reputation, hardship and inconvenience?*

Tardi alleges that the Bank destroyed his reputation and credibility in the shoe business. He maintains that as soon as Woolco bought the slippers the Bank had offered for sale, many retailers stopped taking Atomic products while they waited to see what price Woolco would put on them. He sets his claim at \$875,618.62. As worded, this is actually a claim by Atomic which is not before the Court as Atomic is not represented by counsel. In any case, in view of the absence of any fault, negligence or bad faith on the part of the Bank or its agent, such a claim could not succeed.

Neither the trial judge nor the Court of Appeal awarded damages for loss of profit. I am of the view that the Court should affirm the dismissal of any claim under this head for the same reasons and that there is no basis for awarding damages.

5. *The new claims and the application to cancel the hypothecs*

In his factum and at the hearing, Tardi put forward two new claims not made earlier, for which he did not seek leave to appeal. The allegations accompanying these new matters are rather obscure and not supported by any evidence which could justify them.

Tardi claimed reimbursement of a deposit of \$385,000 dated January 17, 1979 in the account of Atomic, and of a sum of \$75,000 allegedly used by Atomic to repay a loan of the same amount made by the Bank to another company controlled by Tardi, namely Bluebird Footwear Inc. Apart from the fact that they are inadmissible and appear to be claims by Atomic, which is not before the Court as it is not represented by counsel, they were not made out. As to the application to cancel hypothecs, since Atomic is still indebted to the Bank this security must continue to exist. I would therefore dismiss these requests.

4. *Atomic et Tardi sont-ils en droit d'être indemnisés pour le préjudice allégué, soit perte de profit, dommages à la réputation, troubles et inconvénients?*

Tardi allègue que la Banque a détruit sa réputation et sa crédibilité dans le domaine de la chaussure. Il soutient que dès que Woolco a acheté les pantoufles que la Banque avait mis en vente, de nombreux détaillants ont arrêté de se procurer les produits d'Atomic en attendant le prix que Woolco allait leur consentir. Il chiffre sa réclamation à 875 618,62 \$. Selon sa formulation, il s'agit plutôt d'une réclamation d'Atomic qui n'est pas devant nous vu l'absence de représentation par avocat. En tout état de cause, vu l'absence de faute, négligence ou de mauvaise foi de la part de la Banque ou de son mandataire, une telle réclamation ne saurait valoir.

Ni le premier juge, ni la Cour d'appel n'ont accordé de dommages-intérêts pour perte de profits. Je suis d'avis de confirmer le rejet de toute réclamation sous ce chef pour les mêmes raisons et il n'y a pas lieu d'accorder de dommages-intérêts.

5. *Les réclamations nouvelles et la demande de radiation des hypothèques*

Dans son mémoire et à l'audition, Tardi a présenté deux nouvelles réclamations non soulevées antérieurement pour lesquelles il n'avait pas requis la permission d'appeler. Les allégations accompagnant ces nouvelles questions sont assez obscures et ne sont appuyées d'aucune preuve pouvant les justifier.

Tardi réclame le remboursement d'un dépôt au montant de 385 000 \$ daté du 17 janvier 1979 et fait au compte d'Atomic ainsi que d'une somme de 75 000 \$ qui aurait été utilisée par Atomic pour rembourser un prêt au même montant consenti par la Banque à une autre compagnie contrôlée par Tardi, soit la Bluebird Footwear Inc. Outre qu'elles sont irrecevables et qu'il s'agirait de réclamations d'Atomic qui n'est pas devant nous, n'étant pas représentée par avocat, elles ne sont pas établies. Quant à la demande de radiation d'hypothèques, puisqu'Atomic est toujours endettée envers la Banque, ces garanties doivent subsister. Je rejetterais donc ces demandes.



VI—Disposition

I would allow the main appeal, set aside the judgment rendered by the Court of Appeal on July 5, 1988, as corrected by a judgment of October 21, 1988, and restore the judgment of the Superior Court in its entirety with effect as to surrender as of this date. I would dismiss the cross-appeal. The whole with costs against Tardi.

*Appeal allowed and cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the National Bank of Canada: McCarthy, Tétrault, Montréal; Leduc, LeBel, Montréal.*

*Solicitors for the intervener: Ogilvy, Renault, Montréal.*

VI— Conclusion

J'accueillerais le pourvoi principal, j'infirmerais la décision rendue par la Cour d'appel le 5 juillet 1988, rectifiée par jugement le 21 octobre 1988, et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure dans son intégralité avec effet quant au délaissement à compter de ce jour. Je rejetterais le pourvoi incident. Le tout avec dépens à l'encontre de Tardi.

*Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs de la Banque Nationale du Canada: McCarthy Tétrault, Montréal; Leduc, LeBel, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant: Ogilvy, Renault, Montréal.*

**Samuel Joseph Reddick** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. REDDICK

File No.: 21256.

1991: March 19; 1991: May 16.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Sexual assault — Defence of honest belief that victim consented to intercourse — Whether there was other evidence to lend defence an “air of reality” — Whether Court of Appeal erred in substituting conviction for acquittal rather than ordering new trial.*

Appellant was acquitted of sexual assault of a fifteen-year-old girl. The trial judge found that the complainant had not consented to the intercourse, but concluded that the evidence relating to her failure to escape, her entry into appellant's car and certain comments she had made constituted independent evidence lending an air of reality to appellant's assertion that he believed she was consenting. The Court of Appeal found there was no evidentiary basis for the defence of honest but mistaken belief. It allowed the appeal and entered a conviction.

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

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: The evidence relied on by the trial judge was incapable of giving appellant's defence any air of reality. The Court of Appeal did not err in substituting a conviction for the acquittal, since the only defence presented is incapable of succeeding and a new trial would serve no purpose but to put the complainant through the ordeal of testifying again.

**Samuel Joseph Reddick** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. REDDICK

<sup>b</sup> N° du greffe: 21256.

1991: 19 mars; 1991: 16 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

<sup>d</sup> *Droit criminel — Agression sexuelle — Moyen de défense de croyance sincère que la victime a consenti aux rapports sexuels — Y a-t-il d'autres éléments de preuve qui donnent au moyen de défense une «apparence de vraisemblance»? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une déclaration de culpabilité à l'acquittement plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?*

L'appelant a été acquitté d'une accusation d'avoir agressé sexuellement une jeune fille de 15 ans. Le juge du procès a décidé que la plaignante n'avait pas consenti aux rapports sexuels, mais il a conclu que la preuve concernant le fait qu'elle ne s'est pas enfuie, qu'elle a monté dans la voiture et qu'elle a exprimé certains commentaires, constituait une preuve indépendante donnant une apparence de vraisemblance à l'affirmation de l'appelant qu'il croyait qu'elle consentait. La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait aucun motif probant de faire intervenir le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée. Elle a accueilli l'appel et inscrit une déclaration de culpabilité.

<sup>e</sup> *Arrêt* (le juge Stevenson est dissident): Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> *Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: La preuve sur laquelle s'est appuyé le juge du procès ne pouvait pas donner à la défense de l'appelant une apparence de vraisemblance. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en substituant une déclaration de culpabilité à l'acquittement, étant donné que le seul moyen de défense présenté ne saurait réussir et un nouveau procès ne servirait à rien d'autre qu'à infliger à la plaignante le supplice de témoigner de nouveau.

*Per* Stevenson J. (dissenting): While there must be some evidence from sources other than the accused to give the defence of mistaken belief in consent an "air of reality", there is no need for independent proof. Here the other evidence was a series of facts which the trial judge very carefully assessed in their totality. The complainant's actions and responses were at least consistent with consent, and in the circumstances of this case were thus sufficient to provide the necessary air of reality.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Referred to:** *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

By Stevenson J. (dissenting)

*Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 31 O.A.C. 246, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of sexual assault. Appeal dismissed, Stevenson J. dissenting.

*Philip Campbell and John Fitzmaurice*, for the appellant.

*Kenneth L. Campbell and Catherine A. Cooper*, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—The issue on this appeal is whether the trial judge erred in acquitting the appellant on a charge of sexual assault on the basis that the appellant may have entertained an honest belief that the complainant consented to the sexual intercourse in question.

The complainant was fifteen. The appellant was older and married. Sexual intercourse took place between them after they had spent several hours together in an apartment, a McDonald's restaurant

*Le juge* Stevenson (dissident): Bien qu'il doive y avoir quelque élément de preuve qui provienne de sources autres que l'accusé et qui donne au moyen de défense de croyance erronée au consentement une «apparence de vraisemblance», il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante. En l'espèce, l'autre élément de preuve consistait en une suite de faits que le juge du procès a soigneusement évalués dans leur totalité. Les actions et les réponses de la plaignante étaient au moins compatibles avec un consentement et, dans les circonstances de l'espèce, elles étaient donc suffisantes pour conférer l'apparence de vraisemblance nécessaire.

### Jurisprudence

<sup>c</sup> Citée par le juge McLachlin

**Arrêt mentionné:** *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

<sup>d</sup> Citée par le juge Stevenson (dissident)

*Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 31 O.A.C. 246, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé prononcé relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté, le juge Stevenson est dissident.

<sup>f</sup> *Philip Campbell et John Fitzmaurice*, pour l'appellant.

<sup>g</sup> *Kenneth L. Campbell et Catherine A. Cooper*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Iacobucci rendu par

<sup>h</sup> LE JUGE MCLACHLIN—La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en acquittant l'appellant d'une accusation d'agression sexuelle pour le motif que celui-ci a pu croire sincèrement que la plaignante consentait aux rapports sexuels en cause.

<sup>j</sup> La plaignante avait 15 ans. L'appellant était plus âgé et marié. Ils ont eu des rapports sexuels après qu'ils eurent passé plusieurs heures ensemble dans un appartement, un restaurant McDonald et une voiture.

and a car. The trial judge found that the complainant did not consent to the intercourse. However, he also concluded that there was evidence capable of lending an "air of reality" to the appellant's testimony that he believed the complainant consented to the intercourse, and acquitted him on the basis of a reasonable doubt as to the appellant's criminal intent. The Court of Appeal allowed the appeal and entered a conviction: (1988), 31 O.A.C. 246. In its view, there was "no evidentiary basis for the doctrine of honest but mistaken belief", *per Zuber J.A.*, at p. 247.

The defence of honest but mistaken belief that the victim consented to the sexual intercourse on which the charge of sexual assault is based is available only where it is supported by evidence from sources other than the accused, which lends the defence an "air of reality". As McIntyre J. put it in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 133:

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality. [Emphasis added.]

The trial judge found that the evidence relating to the failure of the complainant to escape, her entry into the car and certain comments she made constituted independent evidence lending an air of reality to the accused's assertion that he believed she was consenting to the intercourse. In my view, the Court of Appeal was correct in concluding that this evidence was incapable of giving the accused's defence any air of reality. The circumstances relied on by the trial judge are incapable of providing support for the appellant's assertion that he honestly believed the complainant consented to intercourse.

The further question arises of whether the Court of Appeal erred in substituting a conviction for the acquittal rather than ordering a new trial. In my view, it did not. Nothing would be gained by a new trial.

Le juge du procès a conclu que la plaignante n'avait pas consenti aux rapports sexuels. Cependant, il a également conclu que des éléments de preuve pouvaient donner une «apparence de vraisemblance» au témoignage de l'appellant qu'il croyait que la plaignante consentait aux rapports sexuels, et il l'a acquitté pour le motif qu'il y avait un doute raisonnable quant à son intention criminelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel et inscrit une déclaration de culpabilité: (1988), 31 O.A.C. 246. De l'avis du juge Zuber, il n'y avait [TRADUCTION] «aucun motif probant de faire intervenir la théorie de la croyance sincère mais erronée», à la p. 247.

Le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée que la victime a consenti aux rapports sexuels sur lesquels est fondée l'accusation d'agression sexuelle ne peut être invoqué que s'il est appuyé par une preuve qui provient d'autres sources que l'accusé et qui donne à la défense une «apparence de vraisemblance». Comme le dit le juge McIntyre dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 133:

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appellant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appellant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance. [Je souligne.]

Le juge du procès a conclu que la preuve concernant le fait que la plaignante ne s'est pas enfuie, qu'elle a monté dans la voiture et qu'elle a exprimé certains commentaires, constituait une preuve indépendante donnant une apparence de vraisemblance à l'affirmation de l'accusé qu'il croyait qu'elle consentait aux rapports sexuels. À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de conclure que cette preuve ne pouvait pas donner à la défense de l'accusé une apparence de vraisemblance. Les circonstances sur lesquelles s'est appuyé le juge du procès ne peuvent justifier l'affirmation de l'appellant qu'il croyait sincèrement que la plaignante consentait aux rapports sexuels.

Il faut également se demander si la Cour d'appel a commis une erreur en substituant une déclaration de culpabilité à l'acquittement plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis d'avis que non. Il

The complainant's evidence at the first trial was accepted without qualification. The only real defence presented—the defence of honest but mistaken belief in consent—is incapable of succeeding. A new trial would serve no purpose but to put the complainant through the ordeal of testifying again.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J. (dissenting)—I have read the judgment of my colleague Justice McLachlin and must respectfully record my disagreement with her conclusion.

We accept the proposition from *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 133, that before the defence of mistaken belief in consent can be “put” there must be some evidence from sources other than the accused to give that defence an “air of reality”. The proposition is more easily understood in the context of jury trials as the jury need not be charged on the defence in the absence of some other evidence.

Here the judge was the trier of fact. He was satisfied that the complainant did not in fact consent, but recognized that the accused's evidence raised the alternative defence.

The issue then became whether the circumstances of this case were capable of providing an “air of reality”. That requirement is not phrased in terms of corroboratory or confirmatory evidence; there is no need for independent proof. In my view other evidence consistent with consent is sufficient and the Court of Appeal was in error in saying that there was “no evidentiary basis” for the defence.

Here, that other evidence consisted of a series of facts which must be assessed in their totality. The trial judge very carefully made that assessment. This

n'y aurait rien à gagner d'un nouveau procès. Le témoignage de la plaignante au premier procès a été accepté sans réserve. Le seul vrai moyen de défense présenté, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, ne saurait réussir. Un nouveau procès ne servirait à rien d'autre qu'à infliger à la plaignante le supplice de témoigner de nouveau.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON (dissident)—J'ai lu les motifs de jugement de ma collègue le juge McLachlin et, en toute déférence, je ne puis partager sa conclusion.

Nous acceptons la proposition formulée dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 133, que, pour que le moyen de défense de croyance erronée au consentement puisse être invoqué, il faut qu'il y ait quelque élément de preuve qui provienne de sources autres que l'accusé et qui donne au moyen de défense une «apparence de vraisemblance». La proposition se comprend plus facilement dans le cadre des procès avec jury puisqu'à défaut d'une telle preuve, il est inutile de donner des directives au jury sur ce moyen de défense.

En l'espèce, le juge du procès était le juge des faits. Il a été convaincu qu'en réalité la plaignante n'a pas donné son consentement, mais il a reconnu que le témoignage de l'accusé a soulevé l'autre moyen de défense.

La question était alors de savoir si les circonstances de l'espèce pouvaient susciter une «apparence de vraisemblance». Cette condition n'est pas qualifiée de preuve corroborante ou confirmative; il n'est pas nécessaire d'avoir une preuve indépendante. À mon avis, tout autre élément de preuve compatible avec le consentement suffit et la Cour d'appel a commis une erreur en disant qu'il n'y avait [TRADUCTION] «aucun motif probant» de faire intervenir ce moyen de défense.

En l'espèce, cet autre élément de preuve consistait en une suite de faits qui doivent être évalués dans leur totalité. Le juge du procès a procédé soigneuse-

was not a case of silence, *per se*, but one involving actions and responses at least consistent with consent. It is significant that he had heard the evidence of the complainant and concluded that she was not able “to figure out” what to do to extricate herself from a “continuing and developing situation”. That finding lends support to the conclusion that there was an appearance of consent sufficient to provide the necessary “air of reality”.

I would allow the appeal but reinstate the trial judge’s conviction on the second count.

*Appeal dismissed, STEVENSON J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Copeland, Liss, Campbell, Toronto.*

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

ment à cette évaluation. Il ne s’agissait pas d’un cas de silence en soi, mais d’une affaire comportant des actions et des réponses au moins compatibles avec un consentement. Il est révélateur qu’il ait entendu la preuve de la plaignante et qu’il ait conclu qu’elle n’était pas capable [TRADUCTION] «d’imaginer» quoi faire pour se tirer [TRADUCTION] «d’une situation en évolution». Cette conclusion étaye celle qu’il y avait une apparence de consentement suffisante pour conférer l’«apparence de vraisemblance» nécessaire.

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, mais de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée par le juge de première instance relativement au second chef d’accusation.

*Pourvoi rejeté, le juge STEVENSON est dissident.*

*Procureurs de l’appelant: Copeland, Liss, Campbell, Toronto.*

*Procureur de l’intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

**W.K.L. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. L. (W.K.)

File No.: 21616.

1991: February 22; 1991: May 16.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Accused charged with sexual offences many years after events — Defence alleging violation of accused's rights to fundamental justice and fair trial — Judge ordering stay of proceedings solely on basis of submissions made by Crown and defence — Whether delay in laying charges alone can establish breach of accused's Charter rights — Whether stay order justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Procedure — Accused charged with sexual offences many years after events — Defence alleging violation of accused's rights to fundamental justice and fair trial — Judge ordering stay of proceedings solely on basis of submissions made by Crown and defence — Whether procedure proper — Whether judge erred in assessing complainants' credibility without hearing their viva voce evidence — Whether judge's findings of fact supported by evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24.*

The accused was charged in 1987 with several counts of sexual assault, gross indecency and assault relating to his stepdaughter and two daughters. The first incident was alleged to have occurred in 1957 and the last one in 1985. The charges were laid after the accused's stepdaughter and oldest daughter complained to the R.C.M.P. in 1986. This was the first time either of the complainants had reported any incidents to the police. Before the trial, defence counsel brought a motion for a stay of proceedings on the basis that the lengthy delay in

**W.K.L. Appellant**

c.

**<sup>a</sup> Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. L. (W.K.)

<sup>b</sup> N° du greffe: 21616.

1991: 22 février; 1991: 16 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Accusé inculpé d'agressions sexuelles de nombreuses années après les faits — Allégations de la défense qu'il y a violation des droits de l'accusé en matière de justice fondamentale et de procès équitable — Ordonnance d'arrêt des procédures par le juge fondée uniquement sur l'argumentation des avocats — Le retard à porter des accusations peut-il constituer en soi une violation des droits que la Charte garantit à l'accusé? — L'ordonnance d'arrêt était-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 24(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Procédure — Accusé inculpé d'agressions sexuelles de nombreuses années après les faits — Allégations de la défense qu'il y a violation des droits de l'accusé en matière de justice fondamentale et de procès équitable — Ordonnance d'arrêt des procédures par le juge fondée uniquement sur l'argumentation des avocats — La procédure était-elle adéquate? — Le juge s'est-il trompé en appréciant la crédibilité des plaignantes sans entendre leurs dépositions de vive voix? — L'appréciation des faits par le juge était-elle appuyée par la preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), 24.*

L'accusé a été inculpé en 1987 de plusieurs chefs d'agression sexuelle, de grossière indécence et de voies de fait relativement à sa belle-fille et à ses deux filles. Le premier incident se serait produit en 1957 et le dernier, en 1985. Les accusations ont été portées après que la belle-fille et la fille aînée eurent déposé une plainte auprès de la G.R.C. en 1986. C'était la première fois qu'elles dénonçaient les incidents à la police. Avant le procès, l'avocat de l'accusé a présenté une requête en arrêt des procédures, au motif que le retard à dénoncer

reporting the offences and in laying charges violated the accused's rights to fundamental justice and to a fair trial. Counsel for the accused and for the Crown then both made submissions which consisted of a mix of argument, allegations of fact and readings from some of the evidence given at the preliminary hearing. The judge granted the motion holding that the accused's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been infringed. The judge found that the complainants' explanation given for reporting the offences in 1986 was "ludicrous" and "specious", and that the failure to "protest years ago when they were beyond parental control . . . seems extraordinary". With respect to the assault charges, he stated that the "incidents, if they occurred at all, were matters of discipline over an unruly and defiant young person who it would appear was more startled than struck". The Court of Appeal set aside the order granting the stay of proceedings.

*Held:* The appeal should be dismissed.

It was not open to the judge to base his decision to stay the proceedings solely on the lengthy pre-charge delay apparent on the face of the indictment. While ss. 7 and 11(d) of the *Charter* protect an individual's right to a fair trial, the fairness of a trial is not automatically undermined by lengthy delay. It is the effect of the delay upon the fairness of the trial, not its length, that is relevant. To stay proceedings based on the mere passage of time would be the equivalent of imposing a judicially created limitation period for a criminal offence. A court, therefore, cannot assess the fairness of a trial without considering the particular circumstances of the case. It is well documented that, in cases of sexual abuse, non-reporting, incomplete reporting, and delay in reporting are common. In this case, the judge's critical findings of fact were not supported by the evidence and, more significantly, his finding with respect to the complainants' credibility was made without hearing proper evidence. Before rejecting their explanation for the late reporting, the judge ought to have heard their *viva voce* testimony. Although there is no particular procedure to follow for an application under s. 24 of the *Charter*, the informal procedure employed on the defence's motion in this case was inadequate since it did not produce the evidence required to support the accused's submissions.

les infractions et à déposer des accusations portait atteinte aux droits de l'accusé en matière de justice fondamentale et de procès équitable. L'avocat de l'accusé et le ministère public ont alors fait des observations qui comportaient un ensemble de moyens, d'allégations de faits et d'extraits des dépositions à l'enquête préliminaire. Le juge a accordé la requête en déclarant qu'il y avait eu atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge a trouvé «ridicule» et «spécieuse» l'explication donnée par les plaignantes pour avoir dénoncé les infractions en 1986 et a déclaré que leur omission d'avoir «protesté voilà plusieurs années, alors qu'elles n'étaient plus sous le contrôle de leurs parents [. . .] semblait extraordinaire». Pour ce qui est des accusations relatives aux voies de fait, il a dit que les «incidents, s'ils se sont réellement produits, tenaient à une question de discipline à l'endroit d'une jeune personne turbulente et insolente qui, semble-t-il, a été plus bouleversée que frappée.» La Cour d'appel a annulé l'ordonnance d'arrêt des procédures.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le juge ne pouvait pas fonder sa décision d'arrêter les procédures simplement sur le délai écoulé avant le dépôt des accusations qui était évident à la lecture de l'acte d'accusation. L'article 7 et l'al. 11d) de la *Charte* garantissent le droit de l'inculpé à un procès équitable. Cette équité n'est toutefois pas automatiquement compromise même à la suite d'un retard. Ce n'est pas la durée du délai qui importe, mais plutôt l'effet de ce délai sur l'équité du procès. Mettre fin aux procédures simplement en raison du temps écoulé équivaldrait à imposer une prescription de création judiciaire à l'égard d'une infraction criminelle. Par conséquent, les tribunaux ne peuvent pas apprécier l'équité d'un procès donné sans prendre en considération les circonstances propres à l'espèce. Il est bien connu que la non-dénonciation ou la dénonciation incomplète ou tardive est très commune dans les cas d'abus sexuels. En l'espèce, l'appréciation des faits par le juge n'était pas appuyée par la preuve et, plus important encore, il a apprécié la crédibilité des plaignantes sans audition régulière de preuve. Avant de rejeter leur explication du retard apporté à la dénonciation, le juge aurait dû entendre leurs dépositions de vive voix. Bien qu'il n'y ait pas de procédure particulière à suivre lorsque l'on traite de demandes fondées sur l'art. 24 de la *Charte*, la procédure informelle utilisée dans le cadre de la requête de la défense en l'espèce était inadéquate puisqu'elle n'a pas produit la preuve requise pour étayer les prétentions de l'accusé.



**Cases Cited**

Referred to: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. F. (G.A.)* (1989), 69 C.R. (3d) 92, rev'g (1987), 30 C.R.R. 187; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(a), (b), (d), 24.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(2)(a).

**Authors Cited**

Bharam, Durga M. "Statute of Limitations for Child Sexual Abuse Offenses: A Time for Reform Utilizing the Discovery Rule" (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 842.  
Canada. Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 51 C.C.C. (3d) 297, allowing the Crown's appeal from a judgment of McMorran Co. Ct. J.<sup>1</sup>, ordering a stay of proceedings against the accused. Appeal dismissed.

*Marvin R. V. Storrow, Q.C.*, and *Joanne R. Lysyk*, for the appellant.

*Alexander Budlovsky*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

STEVENSON J.—The appellant, accused, appeals, as of right, a decision of the British Columbia Court of Appeal setting aside a stay of charges against him. The issue we are to address is whether the judge had sufficient material before him to enable him to act upon the accused's argument that the charges were a

<sup>1</sup> Co. Ct. (New Westminster), No. X018265, September 9, 1988.

**Jurisprudence**

Arrêts mentionnés: *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. v. F. (G.A.)* (1989), 69 C.R. (3d) 92, inf. (1987), 30 C.R.R. 187; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11a), b), d), 24.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(2)a).

**Doctrine citée**

Bharam, Durga M. «Statute of Limitations for Child Sexual Abuse Offenses: A Time for Reform Utilizing the Discovery Rule» (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 842.  
Canada. Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 1. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 51 C.C.C. (3d) 297, qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement du juge McMorran de la Cour de comté<sup>1</sup>, qui a ordonné l'arrêt des procédures contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Marvin R. V. Storrow, c.r.*, et *Joanne R. Lysyk*, pour l'appellant.

*Alexander Budlovsky*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE STEVENSON—L'appellant, qui est accusé, interjette appel de plein droit de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique annulant l'arrêt des accusations portées contre lui. La question en litige devant nous est de savoir si le juge disposait d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre de donner suite à la plaidoirie de l'accusé selon laquelle les accusations emportaient une violation des prin-

<sup>1</sup> C. cité (New Westminster), n° X018265, 9 septembre 1988.

violation of fundamental justice and a denial of the accused's right to a fair trial.

The Crown concedes that the appeal lies under s. 691(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, because, for appellate purposes, the stay is equivalent to an acquittal and the reversal, although only resulting in a trial, permits an appeal as of right (see *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594).

The judge at first instance, who was to be the trial judge, entered the stay on a motion made just before the trial was to commence. It is common ground that the application was based on pre-charge delay alleged to violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I note that, in this Court, the appellant relied on ss. 7 and 11(d) of the *Charter* as providing the basis for a stay under s. 24.

The procedure employed was unusual and in the view of the Court of Appeal, flawed. They set aside the stay, noting that the trial judge could properly deal with the application as part of the trial process when *viva voce* evidence could be offered. I agree with their conclusion.

The appellant in this case was charged in January, 1987, with 17 counts of sexual assault, gross indecency and assault relating to his stepdaughter and two daughters. The first incident was alleged to have occurred in 1957; the last in 1985. The charges were laid after the appellant's stepdaughter and daughter complained to the R.C.M.P. in July, 1986. This was the first time either of the complainants had reported any incidents to the police.

The appellant was ordered to stand trial on May 13, 1987. On January 28, 1988, an 18-count indictment, in substantially the same form as the 17-count information, was filed. On May 4, 1988, the appellant filed a notice of motion requesting that the proceedings be stayed pursuant to s. 24(1) of the *Charter* on the basis that the charges were contrary to ss. 7,

cipes de justice fondamentale et une atteinte à son droit à un procès équitable.

Le ministère public concède que l'appel est autorisé en vertu de l'al. 691(2)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, parce qu'aux fins d'appel, l'arrêt des accusations équivaut à un acquittement et l'annulation de cette décision, bien qu'elle ne fasse que renvoyer l'accusé à son procès, permet l'appel de plein droit (voir les arrêts *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594).

Le juge de première instance, qui devait être le juge du procès, a prononcé l'arrêt des accusations dans le cadre d'une requête présentée juste avant l'ouverture du procès. Il n'est pas contesté que la demande était fondée sur le délai écoulé avant le dépôt de l'accusation, dont on a allégué qu'il violait la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je remarque que, devant notre Cour, l'appelant fonde sa requête sur l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* pour demander un arrêt des procédures en vertu de l'art. 24.

La procédure utilisée était inusitée et, aux yeux de la Cour d'appel, erronée. La Cour d'appel a annulé l'arrêt, en notant que le juge du procès pourrait régulièrement traiter de la demande dans le cadre du procès alors qu'il y aurait ouverture à preuve de vive voix. Je suis d'accord avec cette conclusion.

L'appelant en l'espèce a été accusé en janvier 1987 de 17 chefs d'agression sexuelle, de grossière indécence et de voies de fait relativement à sa belle-fille et à ses deux filles. Le premier incident se serait produit en 1957, et le dernier, en 1985. Les accusations ont été portées après que la belle-fille et la fille de l'appelant eurent déposé une plainte auprès de la G.R.C. en juillet 1986. C'était la première fois que l'une ou l'autre des plaignantes dénonçaient les incidents à la police.

L'appelant a été envoyé à son procès le 13 mai 1987. Le 28 janvier 1988, un acte d'accusation comportant 18 chefs, essentiellement rédigé dans la même forme que la dénonciation en comportant 17, a été déposé. Le 4 mai 1988, l'appelant a déposé un avis de requête sollicitant l'arrêt des procédures conformément au par. 24(1) de la *Charte* au motif que

11(a) and (b). On June 7, 1988, counts 17 and 18, the two charges relating to the second daughter, were severed.

When the trial was scheduled to open (before the judge sitting without a jury), counsel for the accused brought on the motion for a stay. No supporting material was referred to in the motion which was described as being of a “non-contentious nature”. Counsel stated he would be mainly relying on s. 7 of the *Charter*.

Counsel for the accused then made submissions which consisted of a mix of argument, allegations of fact and readings from some of the evidence given at the preliminary hearing. Crown counsel responded with a similar mix, although occasionally referring to the lack of evidence on some points. He suggested that the trial continue, at least to the close of the Crown’s case, so that the judge could hear evidence. It is clear that the judge did not himself read the preliminary hearing transcript.

Counsel for the accused’s main submission was:

... that it is contrary to the principles of fundamental justice to bring a person to court up to thirty years after an alleged event on the uncorroborated evidence of one witness in each count, particularly when these complainants had every opportunity many years before.

Counsel also suggested that it was open to the trial judge to stay the proceedings based solely on the length of time that had passed since the first incident. The trial judge stayed the proceedings.

### The Judgment at First Instance

McMorran Co. Ct. J. commented:

The explanation given by the complainants for their eventual reporting to the authorities, is at best, ... is ludicrous and in any event it was by a mere whim that the older woman spoke to the younger woman. ...

les accusations étaient contraires à l’art. 7 et aux al. 11a) et b). Le 7 juin 1988, les chefs d’accusation 17 et 18, soit les deux accusations à l’égard de la seconde fille de l’appelant, ont été séparés.

Au moment où le procès devait débiter (devant un juge siégeant sans jury), l’avocat de l’accusé a présenté la requête en arrêt des procédures, qui ne faisait état d’aucune pièce justificative et était désignée comme étant «de nature non contentieuse». Il a dit qu’il s’appuierait principalement sur l’art. 7 de la *Charte*.

L’avocat de l’accusé a alors fait des observations qui comportaient un ensemble de moyens, d’allégations de faits et d’extraits des dépositions à l’enquête préliminaire. Le ministère public a répondu au moyen d’un ensemble du même genre, relevant toutefois à l’occasion l’absence de preuve sur certains points. Il a proposé que le procès se poursuive, tout au moins jusqu’à la clôture de la preuve du ministère public, de sorte que le juge puisse entendre la preuve. Il est évident que le juge n’a pas lu lui-même la transcription des débats de l’enquête préliminaire.

L’avocat de l’accusé a principalement fait valoir:

[TRADUCTION] ... qu’il est contraire aux principes de justice fondamentale de traduire une personne en justice jusqu’à 30 ans après l’incident allégué, sur la foi d’un seul témoignage non corroboré relativement à chacun des chefs d’accusation, surtout que les plaignantes avaient eu toutes les possibilités de porter plainte depuis de nombreuses années.

Il a aussi laissé entendre qu’il était loisible au juge du procès d’ordonner l’arrêt des procédures en se fondant uniquement sur le temps qui s’était écoulé depuis le premier incident. Le juge du procès a ordonné l’arrêt des procédures.

### Le jugement de première instance

Le juge McMorran de la Cour de comté a remarqué:

[TRADUCTION] L’explication donnée par les plaignantes pour avoir finalement fait rapport aux autorités est, au mieux, [...] ridicule et, de toute façon, c’est par pur caprice que la plus âgée a parlé à la plus jeune ...

McMorran Co. Ct. J. concluded:

To paraphrase Judge Killeen in *R. v. Ford* [(1987), 30 C.R.R. 187 (*sub nom. R. v. G.A.F.*)], some occurrences appear to have been pushed back into the mist of almost another generation. Indeed that is exactly what has occurred in many of the counts here. In my view, this is one of those “clearest of cases” where to compel the accused to stand trial would most certainly violate those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and justice. I am unable to understand how the Crown officers have not been able to realize this. The only explanation which I can attribute charitably to the Crown’s position is that they, as have others, have been caught up in the social upheaval surrounding sex and sexual offences, real or imagined.

He also held that:

Neither in my view would it be possible for the accused here to receive a fair trial as contemplated by Section 11(d) of the Charter, given the specious reason relating to protection of the younger sister regarding the making of the complaint, and given the animosity by the two complainants for their father; and what appears to be reasonably strict discipline over them as young girls, adds to the oppression visited upon the accused.

Finally, McMorran Co. Ct. J. held that counts 14, 15 and 16 should be stayed since the prosecution of those charges would also violate the ss. 7 and 11(d) rights of the appellant. “These incidents, if they occurred at all, were matters of discipline over an unruly and defiant young person who it would appear was more startled than struck.” If the assaults occurred, they were trivialities with which the law should not be concerned.

#### The British Columbia Court of Appeal

The British Columbia Court of Appeal (1989), 51 C.C.C. (3d) 297 held that the trial judge erred because he made conclusions that were not supported by information given to him by counsel. Specifically, “his conclusion that the respondent and his wife suffered severe health problems *because of this matter*

Il a conclu:

[TRADUCTION] Pour paraphraser le juge Killeen, dans l’affaire *R. v. Ford* [(1987), 30 C.R.R. 187 (*sub nom. R. v. G.A.F.*)], certains incidents semblent s’enfoncer dans le brouillard de ce qui est pratiquement une autre génération. C’est, en fait, précisément ce qui s’est produit pour un grand nombre des chefs d’accusations en l’espèce. À mon sens, il s’agit de l’un de ces «cas les plus manifestes» dans lesquels contraindre l’accusé à subir son procès, violerait assurément les principes de justice fondamentale à la base des sentiments de fair-play et d’équité qui animent la collectivité. Je suis incapable de comprendre comment cela a pu échapper aux représentants du ministère public. La seule explication que je peux charitablement donner à la position du ministère public, c’est que ses représentants, comme bien d’autres, se sont trouvés entraînés par les bouleversements sociaux qui entourent la sexualité et les infractions sexuelles, réelles ou imaginaires.

Il a aussi soutenu:

[TRADUCTION] Il ne serait pas possible non plus que l’accusé en l’espèce bénéficie d’un procès équitable comme le prévoit l’al. 11d) de la Charte vu l’argument spécieux relatif à la protection de la plus jeune sœur en ce qui concerne le dépôt de la plainte et l’animosité des deux plaignantes à l’égard de leur père; en outre, ce qui semble être une discipline raisonnablement stricte exercée sur elles quand elles étaient jeunes ajoute à l’oppression dont l’accusé fait l’objet.

Enfin, le juge McMorran a ordonné l’arrêt des accusations sous les chefs 14, 15 et 16, car y donner suite violerait aussi les droits de l’appelant selon l’art. 7 et l’al. 11d). [TRADUCTION] «Ces incidents, s’ils se sont réellement produits, tenaient à une question de discipline à l’endroit d’une jeune personne turbulente et insolente qui, semble-t-il, a été plus bouleversée que frappée.» À supposer qu’elles se soient produites, ces voies de fait étaient des bagatelles dont la loi ne devrait pas se préoccuper.

#### La Cour d’appel de la Colombie-Britannique

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1989), 51 C.C.C. (3d) 297 a statué que le juge du procès a commis une erreur parce qu’il a tiré des conclusions qui n’étaient pas étayées par les renseignements que lui avaient remis l’avocat de l’accusé. Plus précisément, [TRADUCTION] «sa conclusion que l’in-

was not supported by the evidence which was before him nor by statements from counsel” (p. 301 (emphasis in original)).

More significantly, he erred by determining the credibility of the complainants without hearing proper evidence. The court referred to *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, where McIntyre J. held that in certain cases, a motion under s. 24(1) of the *Charter* should be supported by *viva voce* evidence. This was such a case. The appellant was required to demonstrate the violation of his rights on a preponderance of evidence and that this was one of those clearest of cases entitling him to a stay of proceedings. Since delay alone is not enough to justify a stay, the basis of the appellant’s argument was the credibility of the complainants. The trial judge had to hear the evidence of the complainants in order to assess their credibility, the effect of the delay on their credibility and the reasons for the delay. Therefore, in this particular case, the trial judge was required to proceed with the trial.

The court also pointed to the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. F. (G.A.)* (1989), 69 C.R. (3d) 92, reversing the decision of Killeen Dist. Ct. J. which was relied on by the trial judge in this case. In *F. (G.A.)*, Grange J.A. stated (at p. 96):

Essentially, the trial will depend upon the credibility of the complainants and the respondent. It may be that the triers of fact will hesitate to accept the complainants’ version of events when they delayed so long in making their complaint, but the determination is for them. Again I say that if, as the trial develops, it appears the respondent has been prejudiced by delay, the question of his fair trial and the applicability of s. 7 of the *Charter* can again be considered. I say now only that prejudice has not yet been shown.

The court in this case, after citing *F. (G.A.)*, concluded (at p. 303):

timé et son épouse avaient éprouvé de graves problèmes de santé *en raison de cette affaire* n’était pas appuyée par les éléments de preuve dont il disposait ni par les déclarations de l’avocat de l’accusé” (p. 301 (en italique dans l’original)).

Plus important encore, il a commis une erreur en appréciant la crédibilité des plaignantes sans audition régulière de preuve. La cour a renvoyé à l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, dans lequel le juge McIntyre a statué que, dans certains cas, une requête présentée conformément au par. 24(1) de la *Charte* devrait être appuyée par des dépositions de vive voix. Il s’agissait en l’espèce de l’un de ces cas. L’appelant devait démontrer, selon la prépondérance de la preuve, que ses droits avaient été violés et que l’on était en présence d’un de ces cas les plus manifestes lui donnant droit à un arrêt des procédures. Puisque le retard ne suffit pas à lui seul à justifier l’arrêt, les moyens de l’appelant reposaient sur la crédibilité des plaignantes. Le juge du procès devait entendre les dépositions des plaignantes afin d’apprécier leur crédibilité, l’effet du retard sur leur crédibilité et les motifs de ce retard. Par conséquent, dans ce cas particulier, le juge du procès était tenu d’instruire le procès.

La cour a aussi renvoyé à la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *R. v. F. (G.A.)* (1989), 69 C.R. (3d) 92, qui infirmait la décision du juge Killeen, de la Cour de district, sur laquelle s’était appuyé le juge du procès en l’espèce. Dans l’arrêt *F. (G.A.)*, le juge Grange de la Cour d’appel a dit ce qui suit, à la p. 96:

[TRADUCTION] Le procès dépendra essentiellement de la crédibilité des plaignantes et de l’intimé. Il se peut que les juges des faits hésitent à admettre la version des faits des plaignantes vu qu’elles ont tardé aussi longtemps à porter plainte, mais c’est à eux de juger. De nouveau, je dis que si, au cours du procès, il apparaît que le retard a nui à l’intimé, la question d’un procès équitable pour celui-ci et de l’applicabilité de l’art. 7 de la *Charte* pourra être étudiée de nouveau. Je dis simplement pour l’instant que l’on n’a pas encore démontré qu’il y avait préjudice.

La cour a conclu en l’espèce, à la p. 303, après avoir cité *F. (G.A.)*:

... that reasoning applies in the case at bar. I consider that the trial judge erred in granting a stay without receiving proper evidence, when the basis for the allegations that the prosecution of the respondent was contrary to the principles of fundamental justice and was in breach of his right to a fair trial, rested upon the credibility of the complainants and of the respondent.

The court also considered whether the Crown was estopped from challenging the evidentiary basis for the trial judge's decision since it had not objected during the motion. After reviewing the passage from the transcript upon which the appellant relied, the court concluded that the Crown had not waived that right since it was not clear to what the Crown was agreeing. In fact, the Crown suggested on three occasions that there was no evidence to support the motion.

#### The Charter Provisions

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

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

#### Analysis

The accused bore the burden of showing an infringement in invoking s. 24 of the *Charter*: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 277. Here, counsel had particularized the grounds of his attack at the hearing of the motion. Much of what the judge said lay outside those particulars. The decision of the Court of Appeal was grounded on the judge's making finding of facts in the absence of an evidentiary base for the findings.

Although I agree with the result in the Court of Appeal for the reasons set out below, I first address whether it was open to the trial judge to base his decision on the delay that was apparent on the face of the

[TRANSLATION] ... ce raisonnement s'applique à l'espèce. J'estime que le juge du procès a commis une erreur en accordant l'arrêt sans avoir reçu les éléments de preuve pertinents, alors que le fondement des allégations voulant que la poursuite de l'intimé soit contraire aux principes de justice fondamentale et qu'elle porte atteinte à son droit à un procès équitable reposait sur la crédibilité des plaignantes et de l'intimé.

La cour a également eu à déterminer si le ministère public était empêché de contester les éléments de preuve sur lesquels le juge du procès a fondé sa décision parce qu'il ne s'était pas opposé lors de la requête. Après avoir étudié le passage de la transcription sur lequel l'appelant s'est appuyé, la cour a conclu que le ministère public n'avait pas renoncé à ce droit puisque ce dont il convenait n'était pas clair. De fait, le ministère public a, à trois reprises, fait valoir qu'aucune preuve n'étayait la requête.

#### Les dispositions de la Charte

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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;

#### Analyse

Il appartient à l'accusé qui invoque l'art. 24 de la *Charte* de prouver qu'il y a eu violation de ses droits: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 277. En l'espèce, l'avocat avait précisé à l'audition de la requête les moyens sur lesquels il fondait son attaque. Une grande partie de ce qu'a dit le juge ne se rapportait pas à ces précisions. La décision de la Cour d'appel était fondée sur le fait que le juge a apprécié les faits en l'absence d'éléments de preuve pertinents.

Bien que je sois d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel pour les motifs énoncés plus loin, j'examinerai d'abord la question de savoir si le juge du procès pouvait fonder sa décision sur le retard qui

indictment. If so, the evidentiary question may not arise. I consider this issue because the accused's counsel in his submissions to the trial court judge argued that mere delay alone could result in a breach of an individual's rights and it is arguable the trial judge's order is based solely on the delay.

Many of the cases which have considered the issue have held that "mere delay" or "delay in itself" will never result in the denial of an individual's rights. This language is imprecise. Delay can, clearly, be the sole "wrong" upon which an individual rests the claim that his or her rights have been denied. The question is whether an accused can rely solely on the passage of time which is apparent on the face of the indictment as establishing a violation of s. 7 or s. 11(d).

Delay in charging and prosecuting an individual cannot, without more, justify staying the proceedings as an abuse of process at common law. In *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, Laskin C.J. (with whom the majority agreed on this point) stated that (at pp. 1040-41):

Absent any contention that the delay in apprehending the accused had some ulterior purpose, courts are in no position to tell the police that they did not proceed expeditiously enough with their investigation, and then impose a sanction of a stay when prosecution is initiated. The time lapse between the commission of an offence and the laying of a charge following apprehension of an accused cannot be monitored by Courts by fitting investigations into a standard mould or moulds. Witnesses and evidence may disappear in the short run as well as in the long, and the accused too may have to be sought for a long or short period of time. Subject to such controls as are prescribed by the *Criminal Code*, prosecutions initiated a lengthy period after the alleged commission of an offence must be left to take their course and to be dealt with by the Court on the evidence, which judges are entitled to weigh for cogency as well as credibility. The Court can call for an explanation of any untoward delay in prosecution and may be in a position, accordingly to assess the weight of some of the evidence.

était évident à la lecture de l'acte d'accusation. Si tel est le cas, la question des éléments de preuve pourra ne pas se poser. J'examine ce point parce que l'avocat de l'accusé a fait valoir, devant le juge du procès, que le simple retard pouvait constituer en soi une atteinte aux droits d'une personne, et on peut soutenir que l'ordonnance du juge du procès repose uniquement sur ce retard.

Un grand nombre des arrêts qui traitent de la question affirment que le «simple retard» ou le «retard comme tel» n'entraîne jamais d'atteinte aux droits d'un particulier. Ces expressions sont imprécises. Le retard peut clairement être le seul «tort» sur lequel se fonde une personne pour prétendre qu'il y a eu atteinte à ses droits. La question est de savoir si un accusé peut s'appuyer uniquement sur le temps écoulé, qui ressort de l'acte d'accusation, pour prouver qu'il y a violation de l'art. 7 ou de l'al. 11d).

Le retard à accuser et à poursuivre une personne ne peut, en l'absence d'autres facteurs, justifier l'arrêt des procédures au motif qu'elles constitueraient un abus de procédure selon la common law. Dans l'arrêt *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, le juge en chef Laskin (avec l'accord de la majorité sur ce point) a dit ce qui suit, aux pp. 1040 et 1041:

En l'absence de toute prétention que le retard mis à arrêter l'accusé avait quelque but caché, les tribunaux ne sont pas en mesure de dire à la police qu'elle n'a pas enquêté avec assez de diligence et ensuite, comme sanction, de suspendre les procédures quand la poursuite est engagée. Le délai qui s'écoule entre la perpétration d'une infraction et la mise en accusation d'un prévenu à la suite de son arrestation ne peut pas être contrôlé par les tribunaux en imposant des normes strictes aux enquêtes. Preuves et témoins peuvent disparaître à brève comme à longue échéance; de même, on peut avoir à rechercher le prévenu plus ou moins longtemps. Sous réserve des contrôles prescrits par le *Code criminel*, les poursuites engagées longtemps après la perpétration alléguée d'une infraction doivent suivre leur cours et être traitées par les tribunaux selon la preuve fournie, preuve dont le bien-fondé et la crédibilité doivent être évalués par les juges. La Cour peut demander une explication sur tout retard fâcheux de la poursuite et être ainsi en mesure d'évaluer le poids de certains éléments de la preuve.

Doès the *Charter* now insulate accused persons from prosecution solely on the basis of the time that has passed between the commission of the offence and the laying of the charge? In my view, it does not.

Staying proceedings based on the mere passage of time would be the equivalent of imposing a judicially created limitation period for a criminal offence. In Canada, except in rare circumstances, there are no limitation periods in criminal law. The comments of Laskin C.J. in *Rourke* are equally applicable under the *Charter*.

Section 7 and s. 11(d) of the *Charter* protect, among other things, an individual's right to a fair trial. The fairness of a trial is not, however, automatically undermined by even a lengthy pre-charge delay. Indeed, a delay may operate to the advantage of the accused, since Crown witnesses may forget or disappear. The comments of Lamer J., as he then was, in *Mills v. The Queen*, *supra*, at p. 945, are apposite:

Pre-charge delay is relevant under ss. 7 and 11(d) because it is not the length of the delay which matters but rather the effect of that delay upon the fairness of the trial. [Emphasis added.]

Courts cannot, therefore, assess the fairness of a particular trial without considering the particular circumstances of the case. An accused's rights are not infringed solely because a lengthy delay is apparent on the face of the indictment.

I note, additionally, and in response to the trial judge's specific comments regarding society's attitudes relating to sexual crimes, that the nature of this kind of offence provides additional support for my conclusion. The appellant was charged with several offences which amounted to sexual abuse. It is well documented that non-reporting, incomplete reporting, and delay in reporting are common in cases of sexual abuse. The 1984 Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (the Badgley Report), vol. 1, explained at p. 187 that:

Most of these incidents were not reported by victims because they felt these matters were too personal or sen-

*La Charte* met-elle maintenant les accusés à l'abri des poursuites simplement en raison du délai écoulé entre la perpétration de l'infraction et la mise en accusation? À mon sens, tel n'est pas le cas.

Mettre fin aux procédures simplement en raison du temps écoulé équivaldrait à imposer une prescription de création judiciaire à l'égard d'une infraction criminelle. Au Canada, sauf dans de rares circonstances, il n'existe pas de prescription en matière criminelle. Les observations du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Rourke* s'appliquent aussi sous l'empire de la *Charte*.

L'article 7 et l'al. 11d) de la *Charte* garantissent notamment le droit de l'inculpé à un procès équitable. Cette équité n'est toutefois pas automatiquement compromise même par un long délai avant le dépôt de l'accusation. En fait, un retard peut jouer en faveur de l'accusé, puisque des témoins à charge peuvent oublier ou disparaître. Les observations du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, à la p. 945, sont pertinentes:

Le délai antérieur à l'inculpation est pertinent en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d), car ce n'est pas la durée du délai qui importe, mais plutôt l'effet de ce délai sur l'équité du procès. [Je souligne.]

Par conséquent, les tribunaux ne peuvent pas apprécier l'équité d'un procès donné sans prendre en considération les circonstances propres à l'espèce. Il n'y a pas violation des droits de l'accusé simplement en raison du long délai qui ressort de l'acte d'accusation même.

Je note en outre et en réponse aux commentaires particuliers du juge du procès sur l'attitude de la société à l'égard des crimes sexuels, que la nature de ce genre d'infraction apporte un appui supplémentaire à ma conclusion. L'appelant a été accusé de plusieurs infractions équivalant à de l'abus sexuel. Or, il est bien connu que la non-dénonciation ou la dénonciation incomplète ou tardive est très commune dans des cas de ce genre. En effet, comme on l'explique dans le Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes de 1984 (le rapport Badgley), vol. 1, à la p. 202:

La plupart des victimes n'ont pas rapporté ces incidents parce qu'elles estimaient qu'il s'agissait de questions



sitive to divulge to others, and because many of them were too ashamed of what had happened.

After reviewing the evidence, the Report concluded that:

Female victims were more than twice as likely (23.8 per cent) as male victims (11.1 per cent) to have sought assistance. However, a majority of victims of both sexes had not done so. For three in four female victims and about nine in 10 male victims, these incidents had been kept as closely guarded personal secrets.

For victims of sexual abuse to complain would take courage and emotional strength in revealing those personal secrets, in opening old wounds. If proceedings were to be stayed based solely on the passage of time between the abuse and the charge, victims would be required to report incidents before they were psychologically prepared for the consequences of that reporting.

That delay in reporting sexual abuse is a common and expected consequence of that abuse has been recognized in other contexts. In the United States, many states have enacted legislation modifying or extending the limitation period for the prosecution of sexual abuse cases, in recognition of the fact that sexual abuse often goes unreported, and even undiscovered by the complainant, for years. This legislation has, to date, withstood constitutional challenges. (See, for example, Durga M. Bharam, "Statute of Limitations for Child Sexual Abuse Offenses: A Time for Reform Utilizing the Discovery Rule" (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 842.) Establishing a judicial statute of limitations would mean that sexual abusers would be able to take advantage of the failure to report which they themselves, in many cases, caused. This is not a result which we should encourage. There is no place for an arbitrary rule.

I turn now to the factual base for the trial judge's conclusions. The question here is not to define a

trop personnelles ou délicates pour être divulguées et parce que beaucoup d'entre elles avaient trop honte que ce soit arrivé.

Après avoir étudié la preuve, le Rapport a conclu en ces termes:

Les victimes du sexe féminin étaient deux fois plus susceptibles (23,8 %) que les victimes du sexe masculin (11,1 %) d'avoir demandé de l'aide. Cependant, la majorité des victimes des deux sexes ne l'avaient pas fait. Trois victimes sur quatre du sexe féminin et environ neuf victimes sur 10 du sexe masculin ont gardé le secret sur ces incidents.

Il faut beaucoup de courage et de force de caractère aux victimes d'abus sexuels pour révéler ces secrets personnels et ouvrir d'anciennes blessures. Si les procédures devaient être arrêtées en raison du seul temps écoulé entre les mauvais traitements et la mise en accusation, les victimes seraient tenues de dénoncer ces incidents avant d'être psychologiquement prêtes à assumer les conséquences de leur dénonciation.

Il a été reconnu dans d'autres contextes que le retard à dénoncer les abus sexuels est une conséquence commune et prévisible dans ces cas. Aux États-Unis, de nombreux États ont adopté des dispositions législatives modifiant ou prorogeant la prescription applicable aux poursuites pour abus sexuels, parce qu'ils sont conscients du fait que souvent ces mauvais traitements ne sont pas dénoncés, et même ne sont pas reconnus par la plaignante (ou le plaignant) pendant des années. Jusqu'à maintenant, ces dispositions législatives ont résisté aux attaques constitutionnelles portées contre elles. (Voir par exemple l'article de Durga M. Bharam, «Statute of Limitations for Child Sexual Abuse Offenses: A Time for Reform Utilizing the Discovery Rule» (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 842.) Si les tribunaux devaient imposer une prescription, cela signifierait que les auteurs d'abus sexuels pourraient tirer avantage de l'absence de dénonciation dont ils sont, dans bien des cas, eux-mêmes responsables. Ce n'est pas là une conséquence que nous devrions encourager. Une règle arbitraire n'a pas ici sa place.

J'en arrive maintenant à la question des faits sur lesquels le juge du procès a fondé ses conclusions. Il

breach of fundamental justice or of the right to a fair trial, but the much narrower one of determining whether there was evidence to support the fact findings. I do not find it necessary to analyze all the fact findings, it is sufficient that critical ones be found to be flawed.

The trial judge considered the sexual offence charges first. He held that the appellant's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* had been infringed and that counts 1 through 13 should be stayed. To support that conclusion, the trial judge made two key findings of fact. First, he found that the explanation given for reporting the offences in 1986 was "ludicrous" and "specious". Second, he found that there was an unexplained delay in reporting the offences and that the failure to "protest years ago when they were beyond parental control. . . seems extraordinary".

The trial judge's rejection of the explanation for the eventual reporting was a finding of credibility. He not only rejected that explanation but, in characterizing it as specious, appears to have found an improper motive contributing to "oppression". It was not open to him to reject unchallenged testimony. If the trial judge agreed with the appellant that the explanation for the late reporting was relevant, and had doubts about the credibility of the complainants, he ought to have heard their *viva voce* testimony. The informal procedure employed was, in these circumstances, inadequate.

There was, in addition, no evidence before the trial judge that "the complainants made no protest years ago when they were beyond parental control". Counsel for the accused had read to the trial judge excerpts from the preliminary hearing transcript in which the stepdaughter reviewed the various individuals she had told about the abuse. The trial judge contradicted

ne s'agit pas ici de définir la violation d'un principe de justice fondamentale ou du droit à un procès équitable; la question, beaucoup plus précise, est celle de déterminer si l'appréciation des faits était étayée par la preuve. Je n'estime pas nécessaire d'analyser toutes les conclusions fondées sur des faits; il suffit que celles qui sont décisives se révèlent erronées.

Le juge du procès a étudié en premier les accusations relatives aux infractions sexuelles. Il a statué que les droits conférés à l'appelant par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* avaient été violés et a ordonné l'arrêt des accusations sous les chefs 1 à 13. À l'appui de cette conclusion, le juge du procès a tiré deux principales conclusions de fait. Premièrement, il a jugé «ridicule» et «spécieuse» l'explication donnée pour avoir dénoncé les infractions en 1986. Deuxièmement, il a déclaré que le retard à dénoncer les infractions demeurait inexpliqué et que l'omission des plaignantes d'avoir [TRADUCTION] «protesté voilà plusieurs années, alors qu'elles n'étaient plus sous le contrôle de leurs parents [. . .] semblait extraordinaire».

Le rejet par le juge du procès de l'explication donnée à l'égard de la dénonciation tardive constituait une conclusion ayant trait à la crédibilité. Non seulement a-t-il rejeté cette explication mais, en la qualifiant de spécieuse, il semble avoir conclu à l'existence d'un motif répréhensible contribuant à l'«oppression» de l'accusé. Il ne lui était pas loisible de rejeter un témoignage non contesté. Si le juge du procès était d'accord avec l'appelant pour trouver que l'explication du retard apporté à la dénonciation était pertinente, et s'il doutait de la crédibilité des plaignantes, il aurait dû entendre leurs dépositions de vive voix. La procédure informelle adoptée était, dans ces circonstances, inadéquate.

De plus, aucun élément de preuve n'a été soumis au juge du procès selon lequel [TRADUCTION] «les plaignantes n'avaient pas protesté voilà plusieurs années, alors qu'elles n'étaient plus sous le contrôle de leurs parents». L'avocat de l'accusé a lu au juge du procès des extraits de la transcription de l'enquête préliminaire dans lesquels la belle-fille de l'accusé passait en revue les diverses personnes auxquelles elle avait parlé des mauvais traitements. Le juge du

his own finding of fact later in his reasons when he stated that:

I am also of the view in this case that the position of the prosecutorial authorities and the Ministry of Human Resources which accepted some assertion apparently of one of the complainants, become the executive together and are indivisible as was discussed in *R. v. Young* . . .

The trial judge then considered the assault charges in counts 14, 15 and 16. He relied on the same findings of fact which I have found to be flawed. In addition, he stated that the “incidents, if they occurred at all, were matters of discipline over an unruly and defiant young person who it would appear was more startled than struck.” There was no evidence that the complainant was “unruly and defiant” or that she was more “startled than struck”.

I do not read the judgment of the Court of Appeal as saying that any particular procedure must always be employed in resolving applications under s. 24. It might, for example, be open to the parties to put forward an agreed statement of facts. The decision to continue to trial and argue the motion at the close of the Crown’s case, to submit evidence by affidavit, or to agree to a statement of facts will depend on the extent to which the parties can agree and the nature of the facts which the parties seek to establish. I agree with the Court of Appeal that the informal procedure employed on this motion was inadequate since it did not produce the evidence required to support the submissions of the accused. I reiterate that neither this Court nor the Court of Appeal addresses the question of defining the circumstances in which an accused may successfully invoke ss. 7 or 11(d) of the *Charter*.

The Court of Appeal was correct in its conclusion that the fact finding was unsupportable and I would dismiss the appeal.

procès a contredit sa propre conclusion de fait plus loin dans ses motifs lorsqu’il a dit:

[TRADUCTION] J’estime aussi en l’espèce que la position de la poursuite et celle du ministère des Ressources humaines, qui ont accueilli quelque assertion apparemment de l’une des plaignantes, constituent ensemble le pouvoir exécutif et sont indivisibles comme il en a été discuté dans l’arrêt *R. v. Young* . . .

Le juge du procès a alors étudié les accusations relatives aux voies de fait exposées aux chefs 14, 15 et 16. Il s’est appuyé sur les mêmes conclusions de fait que je viens de juger erronées. De plus, il a ajouté que ces [TRADUCTION] «incidents, s’ils se sont réellement produits, tenaient à une question de discipline à l’endroit d’une jeune personne turbulente et insolente qui, semble-t-il, a été plus bouleversée que frappée.» Rien ne prouve que la plaignante ait été «turbulente et insolente» ou qu’elle ait été plus «bouleversée que frappée».

Je n’interprète pas le jugement de la Cour d’appel comme statuant qu’il faut toujours avoir recours à une procédure particulière lorsque l’on traite de demandes fondées sur l’art. 24. Les parties pourraient, par exemple, avoir la possibilité de soumettre un exposé conjoint des faits. Procéder au procès et plaider la requête à la clôture de la preuve du ministère public, présenter des éléments de preuve par voie d’affidavit ou convenir d’un exposé des faits est une décision qui dépendra de la mesure dans laquelle les parties s’entendent et de la nature des faits qu’elles tentent d’établir. Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que la procédure informelle utilisée dans le cadre de cette requête était inadéquate puisqu’elle n’a pas produit la preuve requise pour étayer les prétentions de l’accusé. Je répète que ni notre Cour ni la Cour d’appel ne traitent de la détermination des circonstances dans lesquelles un accusé peut avoir gain de cause en invoquant l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’appréciation des faits n’était pas étayée était bien fondée et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

*Appeal dismissed.*

*Pourvoi rejeté.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

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

<sup>a</sup>

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

**Alexander J. Reddick** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. REDDICK

File No.: 21625.

1991: May 27.

Present: Sopinka J.

MOTION FOR AN ORDER OF REVERSAL OF JUDGMENT

*Criminal law — Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Accused granted leave to appeal to Supreme Court of Canada — Crown consenting to reversal of judgment to the extent that a new trial be ordered — Accused undertaking that only relief sought is a new trial — Order of reversal of judgment granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.*

**Cases Cited**

Referred to: *R. v. McCaul*, Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada, September 27, 1991, at p. 1995.

**Statutes and Regulations Cited**

*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

MOTION for an order of reversal of judgment. Motion granted.

*Henry S. Brown*, for the appellant.

*Stephen Grace*, for the respondent.

The following are the reasons for the order delivered by

SOPINKA J.—This is an application by the appellant for an order of reversal of judgment pursuant to s. 70 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. The Crown has filed a consent dated May 22, 1991, consenting to a reversal of the judgment appealed from

**Alexander J. Reddick** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. REDDICK

N<sup>o</sup> du greffe: 21625.<sup>b</sup> 1991: 27 mai.

Présent: Le juge Sopinka.

<sup>c</sup> REQUÊTE VISANT L'OBTENTION D'UNE ORDONNANCE DE CASSATION DE JUGEMENT

*Droit criminel — Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation du jugement — L'accusé a été autorisé à se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — Le ministère public a consenti à la cassation du jugement pourvu qu'un nouveau procès soit ordonné — L'accusé promet que le seul redressement demandé sera un nouveau procès — Ordonnance de cassation du jugement accordée — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.*

**Jurisprudence**

Arrêt mentionné: *R. c. McCaul*, Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada, 27 septembre 1991, à la p. 1995.

**Lois et règlements cités**

<sup>g</sup> *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

REQUÊTE visant l'obtention d'une ordonnance de cassation de jugement. Requête accueillie.

<sup>h</sup> *Henry S. Brown*, pour l'appelant.

*Stephen Grace*, pour l'intimée.

<sup>i</sup> Version française des motifs de l'ordonnance rendus par

<sup>j</sup> LE JUGE SOPINKA—Il s'agit d'une requête présentée par l'appelant en vue d'obtenir une ordonnance de cassation de jugement conformément à l'art. 70 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Le ministère public a produit, le 22 mai 1991, un con-

herein, to the extent that a new trial be ordered. The appellant consents and applies for an order of reversal on these terms.

The appellant was charged with eight counts relating to various offences under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (then R.S.C. 1970, c. C-34) and was convicted at trial on all counts except 3 and 8. The Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division allowed the appeal in part and directed an acquittal on count 1 and a new trial on counts 6 and 7. The appellant applied for leave to appeal to this Court with respect to counts 2, 4 and 5 on several grounds. Leave was granted on the following ground only:

That, subsequent to the date of the trial of this matter in the Nova Scotia Supreme Court and the date of the appeal of this matter before the Nova Scotia Court of Appeal, new evidence has surfaced of such a nature that, had it been known at trial, it could have affected the result of the trial.

An earlier application was made by the Crown for a similar order but was dismissed for the reasons given in an order dated February 14, 1991, [1991] 1 S.C.R. 297. The appellant resisted this earlier Crown application.

The earlier Crown application was dismissed on the basis that a respondent cannot unilaterally terminate the proceedings before this Court under s. 70 of the *Supreme Court Act* unless the respondent consents to a reversal of the lower court judgment on terms identical to the relief sought by the appellant in this Court. In dismissing that application, I pointed out that the appellant could ask this Court for an acquittal and, since he was resisting the application, the respondent could not obtain an order under s. 70. The appellant has reconsidered his position and now consents to a new trial and indeed is the applicant for an order under s. 70. The notice of appeal filed herein is silent as to the relief sought but the appellant

sentement à une cassation du jugement visé par le présent pourvoi, pourvu qu'un nouveau procès soit ordonné. L'appelant consent à une ordonnance de cassation à ces conditions et demande qu'elle soit délivrée.

Huit chefs d'accusation de diverses infractions au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (alors S.R.C. 1970, ch. C-34) ont été portés contre l'appelant qui a été déclaré coupable, au procès, relativement à tous les chefs sauf les troisième et huitième. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a accueilli l'appel en partie et a ordonné un verdict d'acquiescement relativement au premier chef et un nouveau procès quant aux sixième et septième chefs. L'appelant a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour relativement aux deuxième, quatrième et cinquième chefs, en invoquant plusieurs moyens. L'autorisation n'a été accordée que pour le motif suivant:

[TRADUCTION] Que, depuis la date du procès relatif à cette affaire devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et la date de l'appel interjeté devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, de nouveaux éléments de preuve sont apparus, qui, en raison de leur nature, s'ils avaient été connus au procès, auraient pu influencer sur l'issue dudit procès.

Le ministère public avait déjà présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance similaire, mais celle-ci a été rejetée pour les motifs exposés dans une ordonnance en date du 14 février 1991, [1991] 1 R.C.S. 297. L'appelant s'est opposé à cette requête antérieure du ministère public.

La requête antérieure du ministère public a été rejetée pour le motif que l'intimée ne peut pas mettre fin unilatéralement aux procédures devant notre Cour, en vertu de l'art. 70 de la *Loi sur la Cour suprême*, sauf si l'intimée consent à la cassation du jugement du tribunal d'instance inférieure à des conditions identiques au redressement demandé par l'appelant en notre Cour. En rejetant cette requête, j'ai souligné que l'appelant pouvait demander à notre Cour de l'acquiescer et, vu qu'il s'opposait à la requête, l'intimée ne pouvait pas obtenir une ordonnance fondée sur l'art. 70. L'appelant a révisé sa position et consent maintenant à la tenue d'un nouveau procès. En fait, c'est lui qui demande l'ordon-

undertakes that the only relief now being sought is a new trial. In my view, in these circumstances s. 70 applies and an order for a new trial constitutes a reversal of judgment.

A similar order granting a judgment of reversal was given by McLachlin J. in *R. v. McCaul*, Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada, September 27, 1991, at p. 1995 (judgment rendered October 1, 1990). In that case, a conviction by the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division under the *Atlantic Fishery Regulations, 1985* was vacated and the matter remitted for retrial.

It is therefore ordered that the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division in relation to counts 2, 4 and 5 of the original indictment be reversed. It is further ordered that counts 2, 4 and 5 be remitted to the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division for a new trial.

*Motion granted.*

*Solicitors for the appellant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

nance fondée sur l'art. 70. L'avis de pourvoi produit en l'espèce ne précise pas le redressement demandé mais l'appelant accepte que le seul redressement maintenant demandé est la tenue d'un nouveau procès. À mon avis, l'art. 70 s'applique dans ces circonstances et une ordonnance de nouveau procès constitue une cassation de jugement.

Le juge McLachlin a rendu une ordonnance semblable accordant une cassation de jugement, dans l'affaire *R. c. McCaul*, Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada, 27 septembre 1991, à la p. 1995 (jugement rendu le 1<sup>er</sup> octobre 1990). Dans cette affaire, une déclaration de culpabilité de violation du *Règlement de pêche de l'Atlantique de 1985*, prononcée par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a été annulée et l'affaire a été renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès.

Par conséquent, il est ordonné que l'arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, soit infirmé relativement aux deuxième, quatrième et cinquième chefs de l'acte d'accusation initial. Il est de plus ordonné que les deuxième, quatrième et cinquième chefs d'accusation soient renvoyés devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division de première instance, pour qu'elle tienne un nouveau procès.

*Requête accueillie.*

*Procureurs de l'appelant: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*





# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Jurisdictional error — Standard of review.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA, 614.

---

## APPEAL

Jurisdiction of Supreme Court of Canada — Court of Appeal refusing leave to appeal Superior Court judgment — Whether leave to appeal to Supreme Court of Canada may be granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1).

ROBERGE V. BOLDDUC, 374.

---

## BANKS AND BANKING OPERATIONS

1. Powers of banks — Loans and security — Bank's obligations towards defaulting debtor in exercising rights over property under ss. 178 and 179 of Bank Act — Bank renouncing its rights and abandoning property to third party — Whether bank liable to debtor for value of property as damages.

NATIONAL BANK OF CANADA V. CORBEIL, 117.

2. Powers of banks — Loans and security — Taking of possession and sale of goods given as security for loan — Debtor in default to bank — Validity of taking of possession — Value of goods given as security.

NATIONAL BANK OF CANADA V. ATOMIC SLIPPER CO., 1059.

3. Powers of banks — Loans and security — Taking of possession and sale of goods given as security for loan — Agreements between debtor and bank governing how possession to be taken and goods sold — Validity and applicability of agreements — Bank Act, R.S.C. 1970, c. B-1, ss. 88, 89.

NATIONAL BANK OF CANADA V. ATOMIC SLIPPER CO., 1059.

---

## CIVIL PROCEDURE

1. Direct action in nullity — Disputed municipal by-laws in effect for over five years — Time within which remedy available

## CIVIL PROCEDURE—Concluded

— Discretionary nature of remedy — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 33.

IMMEUBLES PORT LOUIS LTÉE V. LAFONTAINE (VILLAGE), 326.

2. Representation in court — Companies — Company represented in court by its president, who is not a lawyer — Representation of a company other than by counsel not valid — Company considered as not having appeared in record in main appeal and as not having appealed in cross-appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 61 — Act respecting the Barreau du Québec, R.S.Q., c. B-1, s. 128.

NATIONAL BANK OF CANADA V. ATOMIC SLIPPER CO., 1059.

---

## CIVIL RESPONSIBILITY

1. Professional liability — Notaries — Title searches — Incidence of res judicata in the context of title searches — Buyers not purchasing property following notary's opinion that defect in title not cured by subsequent judgment — Notary acting in accordance with common notarial practice — Whether notary failed to properly assess effect of judgment on vendor's title — If so, whether error of law constitutes a fault entailing notary's liability — Distinction between common professional practice and fault — Civil Code of Lower Canada, art. 1241.

ROBERGE V. BOLDDUC, 374.

2. Medical malpractice — Causation — Theory of loss of chance — Doctor performing biopsy but failing to inform patient of cancerous condition found or follow up on patient's health in appropriate manner — Patient later dying of generalized cancer — Whether action against doctor can succeed even where it is not proven that patient's fate would have been different absent the doctor's fault — Whether theory of loss of chance should be introduced into Quebec civil law in matters of medical responsibility.

LAFERRIÈRE V. LAWSON, 541.

---

## COMMUNICATION LAW

Broadcasting — Meaning of phrase "broadcasting undertaking" in the Radio and Broadcasting Acts — Radio Act,

**COMMUNICATION LAW—Concluded**

R.S.C. 1970, c. R-1, ss. 2, 11 — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 2, 29.

R. V. NIPAWIN AND DISTRICT SATELLITE T.V. INC, 64.

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused presumed sane until contrary is proved — Insanity to be proved by accused on balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable under s. 1 of Charter.

R. V. RATTI, 68.

2. Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused presumed sane until contrary is proved — Insanity to be proved by accused on balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable under s. 1 of Charter.

R. V. ROMEO, 86.

3. Charter of Rights — Fundamental justice — Accused charged with murder raising insanity defence — Court of Appeal relying on s. 7 of Charter to expand insanity defence to include situations where “disease of the mind” affects motive or moral justification of accused in committing criminal act — Whether Court of Appeal erred — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 16(2).

R. V. LANDRY, 99.

4. Charter of Rights — Freedom of expression — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations infringe s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

COMMITTEE FOR THE COMMONWEALTH OF CANADA V. CANADA, 139.

5. Charter of Rights — Reasonable limits — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Respondent's freedom of expression infringed — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations encompass political activities — Whether action of officials constitutes a limit prescribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

COMMITTEE FOR THE COMMONWEALTH OF CANADA V. CANADA, 139.

**CONSTITUTIONAL LAW—Continued**

6. Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

REFERENCE RE YOUNG OFFENDERS ACT (P.E.I.), 252.

7. Courts — Jurisdiction — Accused convicted by provincially appointed judge presiding over youth court — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

R. V. F.(J.T.), 285.

8. Courts — Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

R. V. W. (D.A.), 291.

9. Charter of Rights — Right to counsel — Waiver — Police informing accused of his right to counsel upon arrest in connection with shooting incident — Police failing to specify that victim was dead — Accused's right to be informed of reasons for arrest infringed — Whether accused properly informed of his right to counsel — Whether accused had sufficient information to make his waiver of counsel valid — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. V. SMITH, 714.

10. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused arrested in connection with shooting incident — Police failing to specify that victim was dead — Accused's right to be informed of reasons for arrest infringed — Accused making statement — Whether accused's statement should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), 24(2).

R. V. SMITH, 714.

11. Charter of Rights — Right to be advised of reason for detention — Right to counsel — Accused not understanding right — Police initially investigating drug offence — Investigation changing to murder investigation — Accused initially waived right to counsel — Accused not formally informed of change of nature of investigation — Accused not informed of right to counsel when nature of investigation changed — Incriminating statements made during investigation — Whether or not infringement of accused's right to be informed of reason for detention — Whether or not infringement of accused's right to counsel — Whether or not statements should be excluded for bringing administration of justice

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), (b), 24(2).

R. V. EVANS, 869.

12. Jurisdiction — Division of powers — Acquittee on reasons of insanity to be held in strict custody pending Lieutenant Governor's pleasure — Provision to protect society and not to punish — Treatment a provincial responsibility — Whether provision ultra vires — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

R. V. SWAIN, 933.

13. Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Equality before the law — Issue of insanity raised by Crown over objection of defence — Whether the common law criteria permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether the common law criteria were justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 15.

R. V. SWAIN, 933.

14. Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Whether the statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity, pursuant to s. 542(2) of the Criminal Code, violated ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether that power was justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

R. V. SWAIN, 933.

15. Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Accused charged with sexual offences many years after events — Defence alleging violation of accused's rights to fundamental justice and fair trial — Judge ordering stay of proceedings solely on basis of submissions made by Crown and defence — Whether delay in laying charges alone can establish breach of accused's Charter rights — Whether stay order justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(1).

R. V. L. (W.K.), 1091.

16. Charter of Rights — Remedy — Procedure — Accused charged with sexual offences many years after events — Defence alleging violation of accused's rights to fundamental justice and fair trial — Judge ordering stay of proceedings solely on basis of submissions made by Crown and defence — Whether procedure proper — Whether judge erred in assessing complainants' credibility without hearing their viva voce evidence — Whether judge's findings of fact supported by evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24.

R. V. L. (W.K.), 1091.

**COSTS**

Costs on solicitor and client basis — Leave to appeal to Supreme Court of Canada granted on condition that appellant notary assume costs of appeal — Respondents requesting costs on solicitor and client basis in factum and at hearing — Decision important to notarial profession only — Costs awarded on solicitor and client basis — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 47.

ROBERGE V. BOLDOC, 374.

**COURTS**

1. Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Whether youth court judges must be appointed by Governor in Council — Whether supreme court and provincial court judges can be appointed youth court judges by Lieutenant Governor in Council — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

REFERENCE RE YOUNG OFFENDERS ACT (P.E.I.), 252.

2. Jurisdiction — Accused convicted by provincially appointed judge presiding over youth court — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Whether youth court judges must be appointed by Governor in Council — Whether provincial court judges can be appointed youth court judges by Lieutenant Governor in Council — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

R. V. F.(J.T.), 285.

3. Jurisdiction — Provincially appointed judge presiding over youth court and declining jurisdiction — Whether jurisdiction conferred on youth court reserved to superior court judges — Whether establishment of youth court within provincial legislative competence — Whether youth court judges must be appointed by Governor in Council — Whether provincial court judges can be appointed youth court judges by Lieutenant Governor in Council — Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 — Constitution Act, 1867, ss. 92, 96.

R. V. W. (D.A.), 291.

4. Appeal — Jurisdiction — Crown appealing finding of entrapment which resulted in stay but not findings of guilt — Appeal allowed by Court of Appeal and new trial ordered — This Court finding conditions for entrapment not met — Crown asking for convictions to be entered in place of order for new trial — Whether this Court has jurisdiction to replace order for new trial with convictions — Criminal Code, R.S.C., 1985, ss. 686(4)(b)(ii), 695(1).

R. V. BARNES, 449.

**COURTS—Concluded**

5. Appeal — Jurisdiction — Child dying in birth canal during delivery by midwives — Conviction on charge of criminal negligence causing death but acquittal on charge of criminal negligence causing bodily harm — Acquittal not appealed by Crown — Conviction on charge of criminal negligence causing death appealed — Court of Appeal substituting conviction on charge of criminal negligence causing bodily harm — Whether Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction.

R. V. SULLIVAN, 489.

6. Administration — Exhibits — Access — Audio and video tapes admitted in evidence in criminal trial resulting in conviction — Appeal court finding evidence inadmissible and overturning conviction — Whether member of public entitled to access to tapes.

VICKERY V. NOVA SCOTIA SUPREME COURT (PROTHONOTARY), 671.

7. Jurisdiction — Federal Court — Maritime law — Parties entering into contract for supply of product to be imported by ship — Broker later bringing action for demurrage, delivery of excess cargo and cost of renting shore cranes — Whether claims within Federal Court's jurisdiction over Canadian maritime law — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22.

MONK CORP. V. ISLAND FERTILIZERS LTD., 779.

**CRIMINAL LAW**

1. Sexual assault — Evidence — Credibility — Trial judge convicting accused on basis of complainant's testimony — Whether conviction can be supported by the evidence — Whether conviction unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. V. B. (J.N.), 66.

2. Defences — Insanity — Person insane under s. 16(2) of Criminal Code if suffering from disease of the mind rendering him incapable of knowing act is wrong — Trial judge instructing jury that the word "wrong" means "legally wrong" — Accused's murder conviction upheld by Court of Appeal — Whether trial judge misdirected jury — If so, whether Court of Appeal should have substituted a verdict of not guilty by reason of insanity or ordered a new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16(2), 686(1)(a), (2)(b).

R. V. RATTI, 68.

3. Evidence — Expert evidence — Expert psychiatric testimony on issue of accused's insanity — Whether trial judge erred in instructing jury that it was unsafe to arrive at verdict based on expert evidence alone.

R. V. RATTI, 68.

**CRIMINAL LAW—Continued**

4. Evidence — Fresh evidence — Whether Court of Appeal erred in refusing to consider certain medical reports as fresh evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 683(1)(d).

R. V. RATTI, 68.

5. Evidence — Admissibility — Defence's theory that accused insane when he killed police officer — Crown adducing evidence that accused's departure from U.S. connected to a court order to provide hair and blood samples in relation with a murder in New York State in order to counter insanity defence — Whether evidence pertaining to New York homicide admissible.

R. V. ROMEO, 86.

6. Trial — Addresses to jury — Improper statements by Crown's counsel — Whether trial judge erred in failing to comment on Crown counsel's prejudicial remarks in his charge to the jury — If so, whether appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

R. V. ROMEO, 86.

7. Defences — Insanity — Court of Appeal setting aside accused's conviction for murder and substituting verdict of not guilty by reasons of insanity — Whether Court of Appeal erred in applying the word "wrong" in the sense of "morally wrong" to the notion of the "quality of the act" in s. 16(2) of the Criminal Code — Whether Court of Appeal erred in applying s. 686(1)(d) of the Code.

R. V. LANDRY, 99.

8. Criminal negligence causing death — Allegation of car racing — Occupants of car entering highway killed — Trial judge not appreciating evidence of racing as cause of accident — New trial ordered by Court of Appeal.

R. V. R. (R.L.), 115.

9. Murder — Constructive murder — Criminal Code provisions unconstitutional — Appeal allowed and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a).

R. V. HENLEY, 116.

10. Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Accused granted leave to appeal to Supreme Court of Canada — Crown consenting to reversal of judgment to the extent that a new trial be ordered — Whether s. 70 of Supreme Court Act applies to criminal appeal — Whether consent order can be forced on unwilling appellant — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

R. V. REDDICK, 297.

11. Indictment — Adequacy — Conspiracy — Accused charged with conspiracy to import cocaine — Evidence led of three separate conspiracies — Two falling within same time period

**CRIMINAL LAW—Continued**

set out in indictment — Locations of conspiracy involving accused properly identified — No evidence led to prove accused involved in other conspiracies — Whether indictment adequate — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 510, 512, 516.

R. v. DOUGLAS, 301.

12. Defences — Entrapment — Drug-trafficking — “Buy-and-bust” program in area of city with trafficking problem — Accused in this area — Undercover police officer approached accused on hunch that he would have drugs — Whether entrapment through random virtue-testing.

R. v. BARNES, 449.

13. Criminal negligence causing death and criminal negligence causing bodily harm — Child dying in birth canal during delivery by midwives — Conviction on charge of criminal negligence causing death but acquittal on charge of criminal negligence causing bodily harm — Acquittal not appealed by Crown — Conviction on charge of criminal negligence causing death appealed — Court of Appeal substituting conviction on charge of criminal negligence causing bodily harm — Whether Court of Appeal had jurisdiction to substitute conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 198, 202, 203, 204, 206, 613.

R. v. SULLIVAN, 489.

14. Juries — Challenge for cause — Pre-trial publicity — Accused seeking to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality — Judge not permitting questions to be put to all prospective jurors — Whether accused properly denied right to challenge.

R. v. SHERRATT, 509.

15. Sexual offences — Evidence — Evidence of complainant’s prior sexual conduct excluded — Whether Court of Appeal erred in finding that trial judge properly excluded evidence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 142(1)(b).

R. v. M. (D.B.), 669.

16. Murder — Charge to jury — Whether trial judge’s reference to criminal negligence in instructing jury on definition of murder invalidates charge.

R. v. SMITH, 714.

17. Summary convictions — Appeal to Court of Appeal — Accused’s appeal against conviction inscribed in Court of Appeal without seeking leave from that court — Crown’s motion to dismiss appeal granted — Whether accused misled by clerk of Court of Appeal into believing that he had an appeal as of right — Whether Court of Appeal erred in dismissing accused’s appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 762(1), 771(1).

R. v. SZABO, 736.

**CRIMINAL LAW—Continued**

18. Charge to jury — Recharge — Trial judge making error in recharge as to standard of proof required of Crown — Whether error reversible in light of correct instructions given a few minutes earlier during main charge.

R. v. W.(D.), 742.

19. Charge to jury — Indecent assault — Credibility — Complainant’s testimony at variance with dates in indictment — Recharge possibly leaving impression that discrepancies as to dates unimportant on issue of credibility — Similar act evidence introduced supporting allegations — Whether the jury was properly charged regarding the evidence as to when the offence may have occurred — Whether similar act evidence admissible.

R. v. C. (M.H.), 763.

20. Admissibility — Similar act evidence — Indecent assault — Credibility — Similar act evidence introduced supporting allegations — Whether similar act evidence admissible.

R. v. C. (M.H.), 763.

21. Evidence — Duty to disclose — Introduction as fresh evidence on appeal — Witness and her statement suggesting previous inconsistent statement by complainant not disclosed to defence — Application to introduce statement as fresh evidence on the appeal rejected — Whether the Crown had a duty to disclose statement to the defence — Whether application to introduce statement as fresh evidence on appeal should have been rejected.

R. v. C. (M.H.), 763.

22. Keeping common bawdy-house — Elements of offence — Accused participating in illicit activities of common bawdy-house — Whether element of care and management of premises required for conviction of accused for keeping common bawdy-house — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210(1), (2).

R. v. CORBEIL, 830.

23. Allegation that trial judge not impartial — Trial judge asking questions of appellant — A properly instructed jury acting judicially could have convicted — Section 686(1)(a)(i) properly applied by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. COLE, 904.

24. Defences — Charge of first degree murder — Whether trial judge erred in not adequately placing defence’s theory to jury.

R. v. FISHER, 902.

25. Sexual assault — Interpretation of what constitutes offence — Accused convicted of seven counts of sexual assault — Trial judge erring by considering cumulative effect of evidence on each count — Court of Appeal overturning convictions —

**CRIMINAL LAW—Concluded**

Whether Court of Appeal misinterpreted Chase decision — Whether convictions can be restored despite trial judge's error — Whether new trial should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).

R. v. S. (P.L.), 909.

26. Appeal — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of seven counts of sexual assault — Trial judge erring by considering cumulative effect of evidence on each count — Court of Appeal misinterpreting Chase decision and overturning convictions — Whether convictions can be restored despite trial judge's error — Whether new trial should be ordered — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (ii), (b)(ii), (iii), (2).

R. v. S. (P.L.), 909.

27. Defences — Right of accused to control own defence — Issue of insanity raised by Crown over objection of defence — Whether the common law criteria permitting the Crown to adduce evidence of an accused's insanity violated ss. 7, 9, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether the common law criteria were justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 15.

R. v. SWAIN, 933.

28. Insanity — Statutory power to detain a person found not guilty by reason of insanity — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Arbitrary imprisonment — Whether statutory power violated ss. 7 and 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether that power was justified by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).

R. v. SWAIN, 933.

29. Sexual assault — Defence of honest belief that victim consented to intercourse — Whether there was other evidence to lend defence an "air of reality" — Whether Court of Appeal erred in substituting conviction for acquittal rather than ordering new trial.

R. v. REDDICK, 1086.

30. Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Accused granted leave to appeal to Supreme Court of Canada — Crown consenting to reversal of judgment to the extent that a new trial be ordered — Accused undertaking that only relief sought is a new trial — Order of reversal of judgment granted — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

R. v. REDDICK, 1105.

**EVIDENCE**

1. Expert evidence — Professional liability — Role of expert testimony.

ROBERGE V. BOLDUC, 374.

2. Exhibits — Access — Audio and video tapes admitted in evidence in criminal trial resulting in conviction — Appeal court finding evidence inadmissible and overturning conviction — Whether member of public entitled to access to tapes.

VICKERY V. NOVA SCOTIA SUPREME COURT (PROTHONOTARY), 671.

3. Admissibility — Charter of Rights — Right to be advised of reason for detention — Right to counsel — Accused not understanding right — Police initially investigating drug offence — Investigation changing to murder investigation — Accused initially waived right to counsel — Accused not formally informed of change of nature of investigation — Accused not informed of right to counsel when nature of investigation changed — Incriminating statements made during investigation — Whether or not infringement of accused's right to be informed of reason for detention — Whether or not infringement of accused's right to counsel — Whether or not statements should be excluded for bringing administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(a), (b), 24(2).

R. v. EVANS, 869.

4. Police informer — Whether identity of police informer should be disclosed.

R. v. CHIARANTANO, 906.

**EXTRACTION**

Treaty — Extradition crime — Plane hijacking allegedly committed in foreign country — Hijacking not extradition crime under treaties with foreign country or a crime in Canada at time allegedly committed — Hijacking included in schedule of extradition crimes in subsequent treaty — Whether subsequent treaty applies to crime — Whether treaty applies to crime which did not exist under Canadian law when it was committed — Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23, ss. 12, 34 — Extradition Treaty Between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, art. 18(2), Schedule.

UNITED STATES V. ALLARD, 861.

**INDIANS**

Fisheries — Negotiations continuing for co-management scheme — Tribal Council fisheries by-laws about to come into effect — Ex parte interlocutory injunction restraining appellants and

**INDIANS—Concluded**

members of their bands from fishing pursuant to by-laws in question — Application to continue injunction granted — Court of Appeal not interfering with injunction.

WALE V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 62.

---

**INJUNCTION**

Interlocutory injunction restraining appellants and members of their bands from fishing in accordance with Tribal Council by-laws — Fisheries by-laws about to come into effect — Negotiations for co-management scheme continuing — Application to continue injunction granted — Court of Appeal not interfering with injunction.

WALE V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 62.

---

**INSURANCE**

Loss by fire — Arson likely cause — Coverage denied — Non-disclosure of cancellation of an earlier policy for non-payment of premium and serious insurance fraud — Breach of Statutory Condition in fraudulently omitting to communicate material circumstances.

FORD V. DOMINION OF CANADA GENERAL INSURANCE CO., 136.

---

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Res judicata — Conditions — Incidence of res judicata in the context of title searches — Judgment rendered by default on action in giving in payment — Civil Code of Lower Canada, art. 1241.

ROBERGE V. BOLDDUC, 374.

---

**LABOUR RELATIONS**

Public Service — Employment — Teachers working in penitentiary pursuant to government contract with private corporation — Teachers provided by private corporation doing same work as those in service of Solicitor General — Public Service Staff Relations Board concluding that teachers provided by private corporation were Government employees for purposes of collective bargaining — Whether Board had jurisdiction to determine who is employee of Public Service — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, ss. 2, 33, 98.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA, 614.

**MARITIME LAW**

1. Liability — Loss of earnings while ship in dry dock — Dry dock repairs required after ship grounded avoiding collision — Near collision fault of other vessel — Ship ran aground a second time on way to anchorage through no fault of vessel involved in first incident — Damage from both incidents repaired concurrently — If effected consecutively, repair arising from first incident requiring more time than repair from second incident — Whether negligent vessel responsible for lost earnings for entire period in dry dock or whether losses for time spent repairing damage from second incident should be set off.

SUNRISE CO. V. LAKE WINNIPEG (THE), 3.

2. Negligence — Ship grounded avoiding collision — Near collision found to be fault of other vessel — Findings of fact indicating negligence — Whether or not palpable error in findings of fact of trial judge.

SUNRISE CO. V. LAKE WINNIPEG (THE), 3.

3. Jurisdiction — Federal Court — Parties entering into contract for supply of product to be imported by ship — Broker later bringing action for demurrage, delivery of excess cargo and cost of renting shore cranes — Whether claims within Federal Court's jurisdiction over Canadian maritime law — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22.

MONK CORP. V. ISLAND FERTILIZERS LTD., 779.

---

**MUNICIPAL LAW**

Loan by-laws — Insufficiency of public notices convening electors — Direct action in nullity — Disputed by-laws in effect for over five years — Whether Superior Court had discretion to dismiss action for lateness — If so, whether court validly exercised its jurisdiction — Municipal Code, arts. 684a, 758 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 33.

IMMEUBLES PORT LOUIS LTÉE V. LAFONTAINE (VILLAGE), 326.

---

**PHYSICIENS AND SURGEONS**

Medical malpractice — Causation — Theory of loss of chance — Doctor performing biopsy but failing to inform patient of cancerous condition found or follow up on patient's health in appropriate manner — Patient later dying of generalized cancer — Whether action against doctor can succeed even where it is not proven that patient's fate would have been different absent the doctor's fault — Whether theory of loss of chance should be introduced into Quebec civil law in matters of medical responsibility.

LAFERRIÈRE V. LAWSON, 541.

**TAXATION**

Trustee — Trustee realizing on security provided for in trust deed without notifying Ministère du Revenu — Notice of assessment sent to trustee — Whether trustee appointed pursuant to Special Corporate Powers Act one of the persons provided for in s. 14 of the Act respecting the Ministère du Revenu — Special Corporate Powers Act, R.S.Q., c. P-16 — Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 14.

SOCIÉTÉ NATIONALE DE FIDUCIE V. QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE), 907.

---

**TRANSPORTATION**

Airports — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations infringe freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether government's proprietary rights allow it to control all activity on its property as it sees fit — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

COMMITTEE FOR THE COMMONWEALTH OF CANADA V. CANADA, 139.

**TRIAL**

Juries — Challenge for cause — Pre-trial publicity — Accused seeking to challenge each prospective juror for cause on the ground of partiality — Judge not permitting questions to be put to all prospective jurors — Whether accused properly denied right to challenge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 554, 562, 567.

R. V. SHERRATT, 509.

---

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Labour disputes — Meaning of phrase "termination of the stoppage of work" in s. 44(1)(a) of Unemployment Insurance Act, 1971 — Workers gradually recalled for work following settlement of labour dispute — Date on which workers not immediately recalled for work eligible for unemployment insurance benefits.

CARON V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION), 53.



# INDEX

## APPEL

Compétence de la Cour suprême du Canada — Cour d'appel refusant l'autorisation d'en appeler d'un jugement de la Cour supérieure — L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada peut-elle être accordée? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1).

ROBERGE C. BOLDUC, 374.

---

## ASSURANCE

Perte causée par le feu — Cause probable: incendie criminel — Protection refusée — Non-divulgence de l'annulation d'une police antérieure pour cause de non-paiement de la prime et de fraude sérieuse en matière d'assurance — Non-respect d'une condition légale en omettant frauduleusement de faire part de circonstances importantes.

FORD C. DOMINION OF CANADA GENERAL INSURANCE CO., 136.

---

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Conflits collectifs — Sens de l'expression «fin de l'arrêt du travail» à l'art. 44(1)a) de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — Employés rappelés graduellement au travail après le règlement d'un conflit collectif — Date à laquelle les employés qui n'ont pas été rappelés immédiatement au travail deviennent admissibles aux prestations d'assurance-chômage.

CARON C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 53.

---

## BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

1. Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Obligations de la banque envers le débiteur défaillant quand elle exerce des droits sur des biens en vertu des art. 178 et 179 de la Loi sur les banques — Renonciation par la banque à ses droits et abandon par elle de biens à un tiers — La banque est-elle tenue de payer au débiteur la valeur des biens à titre de dommages-intérêts?

BANQUE NATIONALE DU CANADA C. CORBEIL, 117.

2. Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Prise de possession et vente des biens donnés en garantie d'un prêt — Défaut

## BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES—Fin

de la débitrice envers la banque — Validité de la prise de possession — Valeur des biens donnés en garantie.

BANQUE NATIONALE DU CANADA C. ATOMIC SLIPPER CO., 1059.

3. Pouvoirs des banques — Prêts et garanties — Prise de possession et vente des biens donnés en garantie d'un prêt — Conventions entre la débitrice et la banque régissant les modalités de la prise de possession et de la vente des biens — Validité et applicabilité des conventions — Loi sur les banques, S.R.C. 1970, ch. B-1, art. 88, 89.

BANQUE NATIONALE DU CANADA C. ATOMIC SLIPPER CO., 1059.

---

## DÉPENS

Dépens calculés sur la base avocat-client — Autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada accordée à la condition que le notaire appelant assume les dépens du pourvoi — Demande de dépens comme entre avocat et client présentée par les intimés dans leur mémoire et à l'audition — Décision importante pour la profession notariale seulement — Dépens accordés comme entre avocat et client — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 47.

ROBERGE C. BOLDUC, 374.

---

## DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Erreur juridictionnelle — Norme de contrôle.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA, 614.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Présomption d'innocence — Accusé présumé sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire — Obligation de l'accusé de prouver l'aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités — L'article 16(4) du Code criminel viole-t-il

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 16(4) est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. RATTI, 68.

2. Charte des droits — Présomption d'innocence — Accusé présumé sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire — Obligation de l'accusé de prouver l'aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités — L'article 16(4) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 16(4) est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. ROMEO, 86.

3. Charte des droits — Justice fondamentale — Accusé inculpé de meurtre au premier degré invoquant la défense d'aliénation mentale — Cour d'appel s'appuyant sur l'art. 7 de la Charte pour étendre la défense d'aliénation mentale aux cas où la «maladie mentale» a un effet sur le mobile ou la justification morale d'un accusé dans la perpétration de l'acte criminel — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(2).

R. C. LANDRY, 99.

4. Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

COMITÉ POUR LA RÉPUBLIQUE DU CANADA C. CANADA, 139.

5. Charte des droits — Limites raisonnables — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Atteinte à la liberté d'expression des intimés — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement s'applique-t-il aux activités politiques? — L'action des fonctionnaires constitue-t-elle une limite prescrite par une règle de droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

COMITÉ POUR LA RÉPUBLIQUE DU CANADA C. CANADA, 139.

6. Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges des cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

compétence législative provinciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

RENOI RELATIF À LA LOI SUR LES JEUNES CONTREVENANTS (I.-P.-É.), 252.

7. Tribunaux — Compétence — Déclaration de culpabilité de l'accusé par un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

R. C. F.(J.T.), 285.

8. Tribunaux — Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

R. C. W. (D.A.), 291.

9. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Renonciation — Les policiers ont informé l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat lors de son arrestation en rapport avec une fusillade — Omission par les policiers de préciser que la victime était décédée — Violation du droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation — L'accusé a-t-il été convenablement informé de son droit à l'assistance d'un avocat? — L'accusé avait-il assez de renseignements pour que sa renonciation à l'assistance d'un avocat soit valide? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. SMITH, 714.

10. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Accusé arrêté en rapport avec une fusillade — Omission par les policiers de préciser que la victime était décédée — Violation du droit de l'accusé d'être informé des motifs de son arrestation — Déclaration faite par l'accusé — La déclaration de l'accusé doit-elle être exclue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), 24(2).

R. C. SMITH, 714.

11. Charte des droits — Droit d'être informé du motif de sa détention — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé ne comprenant pas ses droits — Enquête de police portant initialement sur une infraction relative à de la drogue — Changement de l'enquête en une enquête pour meurtre — Accusé ayant d'abord renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé n'ayant pas été

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

formellement avisé du changement de nature de l'enquête — Accusé n'ayant pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat quand la nature de l'enquête a changé — Déclarations incriminantes faites pendant l'enquête — Le droit de l'accusé d'être informé du motif de sa détention a-t-il été violé? — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? — Les déclarations devraient-elles être écartées parce que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), b), 24(2).

R. C. EVANS, 869.

12. Compétence — Partage des compétences — Personne acquittée pour cause d'aliénation mentale devant être détenue sous garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu — Disposition qui vise à protéger la société et non à punir la personne — Traitement relevant de la responsabilité de la province — La disposition est-elle ultra vires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

R. C. SWAIN, 933.

13. Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Égalité devant la loi — Aliénation mentale soulevée par le ministère public contre le gré de la défense — Les critères de common law qui permettent au ministère public de produire des éléments de preuve de l'aliénation mentale de l'accusé violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 15.

R. C. SWAIN, 933.

14. Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Le pouvoir que confère la loi de détenir une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale conformément à l'art. 542(2) du Code criminel, viole-t-il les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

R. C. SWAIN, 933.

15. Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Accusé inculpé d'agressions sexuelles de nombreuses années après les faits — Allégations de la défense qu'il y a violation des droits de l'accusé en matière de justice fondamentale et de procès équitable — Ordonnance d'arrêt des procédures par le juge fondée uniquement sur l'argumentation des avocats — Le retard à porter des accusations peut-il constituer en soi une violation des droits que la Charte garantit à l'accusé? — L'ordonnance d'arrêt était-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(1).

R. C. L. (W.K.), 1091.

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

16. Charte des droits — Recours — Procédure — Accusé inculpé d'agressions sexuelles de nombreuses années après les faits — Allégations de la défense qu'il y a violation des droits de l'accusé en matière de justice fondamentale et de procès équitable — Ordonnance d'arrêt des procédures par le juge fondée uniquement sur l'argumentation des avocats — La procédure était-elle adéquate? — Le juge s'est-il trompé en appréciant la crédibilité des plaignantes sans entendre leurs dépositions de vive voix? — L'appréciation des faits par le juge était-elle appuyée par la preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24.

R. C. L. (W.K.), 1091.

**DROIT CRIMINEL**

1. Agression sexuelle — Preuve — Crédibilité — Condamnation de l'accusé par le juge du procès fondée sur le témoignage de la plaignante — Cette condamnation peut-elle être justifiée par la preuve? — La condamnation est-elle déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).

R. C. B. (J.N.), 66.

2. Moyens de défense — Aliénation mentale — Une personne est aliénée en vertu de l'art. 16(2) du Code criminel si elle est atteinte d'une maladie mentale qui la rend incapable de savoir qu'un acte est mauvais — Juge du procès indiquant dans ses directives au jury que le mot «mauvais» signifie «illégal» — Déclaration de culpabilité de meurtre de l'accusé confirmée par la Cour d'appel — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées? — Dans l'affirmative, la Cour d'appel aurait-elle dû substituer un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale ou ordonner un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16(2), 686(1a), (2)b).

R. C. RATTI, 68.

3. Preuve — Preuve d'expert — Preuve psychiatrique sur la question de l'aliénation mentale de l'accusé — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en disant au jury dans ses directives qu'il n'était pas prudent de rendre un verdict fondé uniquement sur des témoignages d'experts?

R. C. RATTI, 68.

4. Preuve — Nouvelle preuve — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant de tenir compte de certains rapports médicaux à titre de nouvelle preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683(1d).

R. C. RATTI, 68.

5. Preuve — Admissibilité — Théorie de la défense que l'accusé était aliéné lorsqu'il a tué un agent de police — Pour réfuter la défense d'aliénation mentale le ministère public produit la preuve que le départ de l'accusé des É.-U. était relié à une ordonnance judiciaire de fournir des échantillons de cheveux et de sang

**DROIT CRIMINEL—Suite**

en rapport avec un meurtre survenu dans l'État de New York — La preuve relative à l'homicide de New York est-elle admissible?

R. C. ROMEO, 86.

6. Procès — Exposés au jury — Déclarations inappropriées de l'avocat de la Couronne — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury en ne faisant pas d'observations sur les remarques préjudiciables de l'avocat de la Couronne? — Dans l'affirmative, le pourvoi devrait-il être rejeté en vertu de l'art. 686(1b)(iii) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46?

R. C. ROMEO, 86.

7. Moyens de défense — Aliénation mentale — Annulation de la déclaration de culpabilité de l'accusé par la Cour d'appel qui l'a remplacée par un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant le mot «mauvais» au sens de «moralement répréhensible» à la notion de «qualité de l'acte» à l'art. 16(2) du Code criminel? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en appliquant l'art. 686(1d) du Code?

R. C. LANDRY, 99.

8. Négligence criminelle causant la mort — Allégation de course d'automobiles — Occupants de l'auto arrivant sur la route tués — Le juge du procès n'a pas tenu compte de la preuve d'une course comme cause de l'accident — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel.

R. C. R. (R.L.), 115.

9. Meurtre — Meurtre par imputation — Inconstitutionnalité des dispositions du Code criminel — Appel accueilli et nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a).

R. C. HENLEY, 116.

10. Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation du jugement — L'accusé a été autorisé à se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — Le ministère public a consenti à la cassation du jugement pourvu qu'un nouveau procès soit ordonné — L'article 70 de la Loi sur la Cour suprême s'applique-t-il à un appel en matière criminelle? — Une ordonnance de consentement peut-elle être imposée à un appelant réticent? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

R. C. REDDICK, 297.

11. Acte d'accusation — Caractère suffisant — Complot — Accusations de complot en vue d'importer de la cocaïne — Preuve de trois complots distincts, dont deux au cours de la période visée dans l'acte d'accusation — Lieux du complot imputé aux accusés adéquatement identifiés — Aucune preuve n'établissant la participation des accusés aux autres complots — L'acte d'accusation est

**DROIT CRIMINEL—Suite**

-il suffisant? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 510, 512, 516.

R. C. DOUGLAS, 301.

12. Défenses — Provocation policière — Trafic de drogues — Programme «achat bidon» dans un secteur urbain connu comme lieu de trafic de drogues — L'accusé se trouvait dans ce secteur — Une policière en civil a abordé l'accusé parce qu'elle avait l'intuition qu'il avait de la drogue en sa possession — Y a-t-il eu provocation policière dans le cadre d'une opération visant à éprouver au hasard la vertu des gens?

R. C. BARNES, 449.

13. Négligence criminelle causant la mort et négligence criminelle causant des lésions corporelles — Un enfant meurt dans la filière génitale pendant un accouchement fait par des sages-femmes — Déclaration de culpabilité sur l'accusation de négligence criminelle causant la mort mais acquittement sur l'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles — Aucun appel du ministère public contre l'acquittement — Appel de la déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant la mort — La Cour d'appel substitue à ce verdict une déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant des lésions corporelles — La Cour d'appel avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2, 198, 202, 203, 204, 206, 613.

R. C. SULLIVAN, 489.

14. Jurys — Récusation motivée — Publicité antérieure au procès — L'accusé a cherché à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité — Le juge n'a pas permis que des questions soient posées à tous les candidats jurés — Est-ce à bon droit que l'accusé a été privé du droit de récusation?

R. C. SHERRATT, 509.

15. Infractions sexuelles — Preuve — Exclusion de la preuve de la conduite antérieure de la plaignante — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait exclu à bon droit cette preuve? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 142(1b).

R. C. M. (D.B.), 669.

16. Meurtre — Exposé au jury — La mention par le juge du procès de la négligence criminelle dans ses directives au jury sur la définition du meurtre invalide-t-elle l'exposé?

R. C. SMITH, 714.

17. Déclarations de culpabilité par procédure sommaire — Pourvoi devant la Cour d'appel — Appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité inscrite en Cour d'appel sans demander l'autorisation de cette cour — Requête du ministère public en rejet de l'appel accueillie — Le greffier de la Cour d'appel a-t-il induit l'accusé en erreur en lui faisant croire qu'il pouvait former

**DROIT CRIMINEL—Suite**

un appel de plein droit? — Est-ce à tort que la Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 762(1), 771(1).

R. C. SZABO, 736.

18. Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Erreur du juge du procès dans son exposé supplémentaire au sujet du fardeau de preuve exigée du ministère public — Cette erreur donne-t-elle lieu à révision étant donné les directives correctes données quelques minutes plus tôt dans l'exposé principal?

R. C. W.(D.), 742.

19. Exposé au jury — Attentat aux mœurs — Crédibilité — Témoignage de la plaignante ne concordant pas avec les dates mentionnées dans l'acte d'accusation — Exposé supplémentaire laissant peut-être l'impression que les divergences quant aux dates n'ont pas d'importance à l'égard de la question de la crédibilité — Preuve d'actes similaires présentée à l'appui des allégations — Le jury a-t-il reçu des directives appropriées concernant la preuve du moment où l'infraction a pu être commise? — La preuve d'actes similaires est-elle recevable?

R. C. C. (M.H.), 763.

20. Recevabilité — Preuve d'actes similaires — Attentat aux mœurs — Crédibilité — Preuve d'actes similaires présentée à l'appui des allégations — La preuve d'actes similaires est-elle recevable?

R. C. C. (M.H.), 763.

21. Preuve — Obligation de divulguer — Présentation à titre de nouvelle preuve en appel — Non-divulgateur à la défense de l'existence d'un témoin et de sa déclaration laissant entendre que la plaignante a fait une déclaration antérieure incompatible — Rejet de la demande visant à la présentation de la déclaration à titre de nouvelle preuve — Le ministère public était-il tenu de divulguer la déclaration à la défense? — La demande visant à la présentation de la déclaration à titre de nouvelle preuve en appel aurait-elle dû être rejetée?

R. C. C. (M.H.), 763.

22. Tenue d'une maison de débauche — Éléments de l'infraction — Participation de l'accusée aux activités illicites d'une maison de débauche — Un élément de soin et d'administration des lieux est-il nécessaire pour justifier une déclaration de culpabilité de tenue d'une maison de débauche? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 197(1), 210(1), (2).

R. C. CORBEIL, 830.

23. Allégation selon laquelle le juge du procès n'était pas impartial — Le juge du procès a posé des questions à l'appelant — Un jury bien instruit en droit, agissant judiciairement, pouvait inscrire un verdict de culpabilité — La Cour d'appel a correctement

**DROIT CRIMINEL—Suite**

appliqué l'art. 686(1)a(i) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a(i).

R. C. COLE, 904.

24. Moyens de défense — Accusation de meurtre au premier degré — Le juge du procès a-t-il fait une erreur en ne présentant pas adéquatement la théorie de la défense jury?

R. C. FISHER, 902.

25. Agression sexuelle — Interprétation de ce qui constitue l'infraction — L'accusé a été reconnu coupable quant à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle — Le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages relativement à chaque chef d'accusation — La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle mal interprété l'arrêt Chase? — Les déclarations de culpabilité peuvent-elles être rétablies malgré l'erreur du juge du procès? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a(i), (ii), b(ii), (iii), (2).

R. C. S. (P.L.), 909.

26. Appel — Pouvoirs de la Cour d'appel — L'accusé a été reconnu coupable quant à sept chefs d'accusation d'agression sexuelle — Le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de l'effet cumulatif des témoignages relativement à chaque chef d'accusation — La Cour d'appel a mal interprété l'arrêt Chase et a annulé les déclarations de culpabilité — Les déclarations de culpabilité peuvent-elles être rétablies malgré l'erreur du juge du procès? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a(i), (ii), b(ii), (iii), (2).

R. C. S. (P.L.), 909.

27. Moyens de défense — Droit de l'accusé de mener sa défense comme il l'entend — Aliénation mentale soulevée par le ministère public contre le gré de la défense — Les critères de common law qui permettent au ministère public de produire des éléments de preuve de l'aliénation mentale de l'accusé violent-ils les art. 7, 9 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, les critères de common law sont-ils justifiés en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 15.

R. C. SWAIN, 933.

28. Aliénation mentale — Pouvoir conféré par la loi de détenir une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Emprisonnement arbitraire — Le pouvoir conféré par la loi viole-t-il les art. 7 et 9 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Si oui, ce pouvoir est-il justifié en vertu

**DROIT CRIMINEL—Fin**

de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).

R. C. SWAIN, 933.

29. Agression sexuelle — Moyen de défense de croyance sincère que la victime a consenti aux rapports sexuels — Y a-t-il d'autres éléments de preuve qui donnent au moyen de défense une «apparence de vraisemblance»? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une déclaration de culpabilité à l'acquittement plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

R. C. REDDICK, 1086.

30. Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation du jugement — L'accusé a été autorisé à se pourvoir devant la Cour suprême du Canada — Le ministère public a consenti à la cassation du jugement pourvu qu'un nouveau procès soit ordonné — L'accusé promet que le seul redressement demandé sera un nouveau procès — Ordonnance de cassation du jugement accordée — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

R. C. REDDICK, 1105.

**DROIT DES COMMUNICATIONS**

Radiodiffusion — Sens de l'expression «entreprise de radiodiffusion» dans les lois sur la radio et la radiodiffusion — Loi sur la radio, S.R.C. 1970, ch. R-1, art. 2, 11 — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, ch. B-11, art. 2, 29.

R. C. NIPAWIN AND DISTRICT SATELLITE T.V. INC, 64.

**DROIT FISCAL**

Fiduciaire — Réalisation des garanties prévues à l'acte de fiducie sans en aviser le ministère du Revenu — Avis de cotisation envoyé au fiduciaire — Un fiduciaire nommé en vertu de la Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations est-il l'une des personnes visées par l'art. 14 de la Loi sur le ministère du Revenu? — Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations, L.R.Q., ch. P-16 — Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 14.

SOCIÉTÉ NATIONALE DE FIDUCIE C. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU), 907.

**DROIT MARITIME**

1. Responsabilité — Perte de profits pendant que le navire est en cale sèche — Réparations en cale sèche requises après que le navire se fut échoué pour éviter l'abordage — Quasi-abordage dû à un autre navire — Deuxième échouage du même navire alors qu'il

**DROIT MARITIME—Fin**

se dirigeait vers une zone d'ancrage, sans aucune faute de la part du navire impliqué dans le premier incident — Réparation simultanée des avaries résultant des deux incidents — Si elles avaient été exécutées consécutivement, les réparations découlant du premier incident auraient exigé plus de temps que les réparations résultant du deuxième incident — Le navire coupable de négligence est-il responsable de la perte de profits subie pendant toute la période passée en cale sèche ou les pertes pour le temps consacré à la réparation des avaries résultant du deuxième incident devraient-elles être soustraites?

SUNRISE CO. C. LAKE WINNIPEG (LE), 3.

2. Négligence — Échouage d'un navire pour éviter un abordage — Quasi-abordage dû à un autre navire — Constatations de fait indiquant qu'il y a eu négligence — Y a-t-il erreur manifeste dans les constatations de fait du juge de première instance?

SUNRISE CO. C. LAKE WINNIPEG (LE), 3.

3. Compétence — Cour fédérale — Conclusion par les parties d'un contrat pour la fourniture d'un produit devant être importé à bord d'un navire — Le courtier intente par la suite une action pour le paiement de surestaries, pour le paiement de l'excédent de cargaison livré et pour le paiement du coût de location des grues de quai — Les demandes relèvent-elles de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 22.

MONK CORP. C. ISLAND FERTILIZERS LTD., 779.

**DROIT MUNICIPAL**

Règlements d'emprunt — Insuffisance des avis publics de convocation des électeurs — Action directe en nullité — Règlements contestés en vigueur depuis plus de cinq ans — La Cour supérieure avait-elle discrétion pour rejeter l'action pour motif de tardiveté? — Dans l'affirmative, la cour a-t-elle valablement exercé sa discrétion? — Code municipal, art. 684a, 758 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33.

IMMEUBLES PORT LOUIS LTÉE C. LAFONTAINE (VILLAGE), 326.

**EXTRADITION**

Traité — Crime donnant lieu à l'extradition — Détournement d'avion qui aurait été commis dans un pays étranger — Le détournement d'avion n'était ni un crime donnant lieu à l'extradition en vertu des traités conclus avec le pays étranger ni un crime au Canada à l'époque où il aurait été commis — Le détournement d'avion a été ajouté à l'annexe des crimes donnant lieu à l'extradition dans un traité subséquent — Le traité subséquent s'applique-t-il à ce crime? — Le traité s'applique-t-il à un

**EXTRADITION—Fin**

crime qui n'existait pas dans la législation canadienne au moment où il a été commis? — Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, art. 12, 34 — Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 18(2), annexe.

ÉTATS-UNIS C. ALLARD, 861.

**INDIENS**

Pêches — Négociations relatives à un régime de cogestion se poursuivant — Règlements administratifs du conseil tribal sur les pêches devant bientôt entrer en vigueur — Injonction interlocutoire ex parte interdisant aux appelants et aux membres de leurs bandes de pêcher, conformément aux règlements en question — Demande de prorogation de l'injonction accordée — La Cour d'appel n'a pas modifié l'injonction.

WALE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 62.

**INJONCTION**

Injonction interlocutoire interdisant aux appelants et aux membres de leurs bandes de pêcher, conformément aux règlements administratifs du conseil tribal — Règlements administratifs sur les pêches devant bientôt entrer en vigueur — Négociations relatives à un régime de cogestion se poursuivant — Demande de prorogation de l'injonction accordée — La Cour d'appel n'a pas modifié l'injonction.

WALE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 62.

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Chose jugée — Conditions — Incidence de la chose jugée dans le cadre de l'examen des titres — Jugement rendu par défaut sur une action en dation en paiement — Code civil du Bas-Canada, art. 1241.

ROBERGE C. BOLDDUC, 374.

**MÉDECINS ET CHIRURGIENS**

Faute médicale — Causalité — Théorie de la perte de chance — Biopsie pratiquée par un médecin qui ne renseigne pas sa patiente sur son état cancéreux et qui omet d'assurer le suivi requis de son état de santé — Décès ultérieur de la patiente d'un cancer généralisé — Faut-il accueillir l'action intentée au médecin même s'il n'est pas prouvé que le sort de la patiente aurait été différent

**MÉDECINS ET CHIRURGIENS—Fin**

sans sa faute? — Faut-il incorporer la théorie de la perte de chance dans le droit civil québécois de la responsabilité médicale?

LAFERRIÈRE C. LAWSON, 541.

**PREUVE**

1. Preuve d'expert — Responsabilité professionnelle — Rôle du témoignage d'expert.

ROBERGE C. BOLDDUC, 374.

2. Pièces — Accès — Les bandes audio et vidéo utilisées en preuve dans le cadre d'un procès criminel ont entraîné une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a conclu à l'inadmissibilité de cette preuve et a annulé la déclaration de culpabilité — Un membre du public a-t-il un droit d'accès aux bandes?

VICKERY C. COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE (PROTO-  
NOTAIRE), 671.

3. Recevabilité — Charte des droits — Droit d'être informé du motif de sa détention — Droit à l'assistance d'un avocat — Accusé ne comprenant pas ses droits — Enquête de police portant initialement sur une infraction relative à de la drogue — Changement de l'enquête en une enquête pour meurtre — Accusé ayant d'abord renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat — Accusé n'ayant pas été formellement avisé du changement de nature de l'enquête — Accusé n'ayant pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat quand la nature de l'enquête a changé — Déclarations incriminantes faites pendant l'enquête — Le droit de l'accusé d'être informé du motif de sa détention a-t-il été violé? — Le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé? — Les déclarations devraient-elles être écartées parce que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10a), b), 24(2).

R. C. EVANS, 869.

4. Indicateur de police — L'identité de l'indicateur de police devrait-elle être dévoilée?

R. C. CHIARANTANO, 906.

**PROCÉDURE CIVILE**

1. Action directe en nullité — Règlements municipaux contestés en vigueur depuis plus de cinq ans — Délai d'exercice du recours — Nature discrétionnaire du recours — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33.

IMMEUBLES PORT LOUIS LTÉE C. LAFONTAINE (VILLAGE), 326.

**PROCÉDURE CIVILE—Fin**

2. Représentation devant les tribunaux — Compagnies — Compagnie représentée devant le tribunal par son président qui n'est pas un avocat — Représentation d'une compagnie autrement que par avocat non valable — Compagnie considérée comme n'ayant pas comparu au dossier dans le pourvoi principal et comme n'ayant pas interjeté appel dans le pourvoi incident — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 61 — Loi sur le Barreau, L.R.Q., ch. B-1, art. 128.

BANQUE NATIONALE DU CANADA C. ATOMIC SLIPPER CO., 1059.

**PROCÈS**

Jurys — Récusation motivée — Publicité antérieure au procès — L'accusé a cherché à récuser chaque candidat juré pour cause de partialité — Le juge n'a pas permis que des questions soient posées à tous les candidats jurés — Est-ce à bon droit que l'accusé a été privé du droit de récuser? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 554, 562, 567.

R. C. SHERRATT, 509.

**RELATIONS DE TRAVAIL**

Fonction publique — Emploi — Enseignants travaillant dans un pénitencier aux termes d'un contrat avec une société privée — Les enseignants fournis par la société privée accomplissaient le même travail que les enseignants au service du Solliciteur général — La Commission des relations de travail dans la Fonction publique a conclu que les enseignants fournis par la société privée étaient des employés du gouvernement pour les fins de la négociation collective — La Commission a-t-elle compétence pour déterminer qui est employé de la Fonction publique? — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-35, art. 2, 33, 98.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA, 614.

**RESPONSABILITÉ CIVILE**

1. Responsabilité professionnelle — Notaires — Examen des titres — Incidence de la chose jugée dans le cadre de l'examen des titres — Refus des acquéreurs d'acheter un immeuble vu l'opinion du notaire qu'un vice de titre n'a pas été corrigé par un jugement subséquent — Conduite du notaire conforme à la pratique notariale courante — Le notaire a-t-il mal évalué l'effet du jugement sur le titre du vendeur? — Si oui, l'erreur de droit constitue-t-elle une faute qui entraîne la responsabilité du notaire? — Distinction entre la pratique professionnelle courante et la faute — Code civil du Bas-Canada, art. 1241.

ROBERGE C. BOLDUC, 374.

**RESPONSABILITÉ CIVILE—Fin**

2. Faute médicale — Causalité — Théorie de la perte de chance — Biopsie pratiquée par un médecin qui ne renseigne pas sa patiente sur son état cancéreux et qui omet d'assurer le suivi requis de son état de santé — Décès ultérieur de la patiente d'un cancer généralisé — Faut-il accueillir l'action intentée au médecin même s'il n'est pas prouvé que le sort de la patiente aurait été différent sans sa faute? — Faut-il incorporer la théorie de la perte de chance dans le droit civil québécois de la responsabilité médicale?

LAFERRIÈRE C. LAWSON, 541.

**TRANSPORTS**

Aéroports — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les droits de propriétaire du gouvernement lui permettent-ils de contrôler toute activité dans sa propriété comme bon lui semble? — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

COMITÉ POUR LA RÉPUBLIQUE DU CANADA C. CANADA, 139.

**TRIBUNAUX**

1. Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges des cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Les juges des tribunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le gouverneur en conseil? — Les juges des cours suprêmes et des cours provinciales peuvent-ils être nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LES JEUNES CONTREVENANTS (Î.-P.-É.), 252.

2. Compétence — Déclaration de culpabilité de l'accusé par un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Les juges des tribunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le gouverneur en conseil? — Les juges des cours provinciales peuvent-ils être nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

R. C. F.(J.T.), 285.



## TRIBUNAUX—Suite

3. Compétence — Déclaration d'incompétence d'un juge nommé par une province présidant un tribunal pour adolescents — La compétence attribuée au tribunal pour adolescents est-elle réservée aux juges de cours supérieures? — L'établissement d'un tribunal pour adolescents relève-t-il de la compétence législative provinciale? — Les juges des tribunaux pour adolescents doivent-ils être nommés par le gouverneur en conseil? — Les juges des cours provinciales peuvent-ils être nommés juges d'un tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil? — Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 96.

R. C. W. (D.A.), 291.

4. Pourvoi — Compétence — Appel du ministère public de la conclusion qu'il y a eu provocation policière donnant lieu à un arrêt des procédures mais non des déclarations de culpabilité — Appel accueilli par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné — Notre Cour conclut que les conditions de la provocation policière ne sont pas présentes — Le ministère public demande l'inscription de déclarations de culpabilité à la place de l'ordonnance de nouveau procès — Notre Cour a-t-elle compétence pour remplacer l'ordonnance de nouveau procès par des déclarations de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), art. 686(4)(b)(ii), 695(1).

R. C. BARNES, 449.

5. Appel — Compétence — Un enfant meurt dans la filière génitale pendant un accouchement fait par des sages-femmes — Déclaration de culpabilité sur l'accusation de négligence criminelle causant la mort mais acquittement sur l'accusation de négligence criminelle causant des lésions corporelles — Aucun appel du

## TRIBUNAUX—Fin

ministère public contre l'acquittement — Appel de la déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant la mort — La Cour d'appel substitue à ce verdict une déclaration de culpabilité de négligence criminelle causant des lésions corporelles — La Cour d'appel avait-elle compétence pour substituer une déclaration de culpabilité?

R. C. SULLIVAN, 489.

6. Administration — Pièces — Accès — Les bandes audio et vidéo utilisées en preuve dans le cadre d'un procès criminel ont entraîné une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a conclu à l'inadmissibilité de cette preuve et a annulé la déclaration de culpabilité — Un membre du public a-t-il un droit d'accès aux bandes?

VICKERY C. COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE (PROTO-  
NOTAIRE), 671.

7. Compétence — Cour fédérale — Droit maritime — Conclusion par les parties d'un contrat pour la fourniture d'un produit devant être importé à bord d'un navire — Le courtier intente par la suite une action pour le paiement de surestaries, pour le paiement de l'excédent de cargaison livré et pour le paiement du coût de location des grues de quai — Les demandes relèvent-elles de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 22.

MONK CORP. C. ISLAND FERTILIZERS LTD., 779.



*If undelivered, return COVER-ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9